

BANCO DE LA REPUBLICA – Edad de retiro forzoso de los miembros de dedicación exclusiva de la Junta Directiva / JUNTA DIRECTIVA DEL BANCO DE LA REPUBLICA - A los miembros de dedicación exclusiva no les es aplicable la edad de retiro forzoso de 65 años

Lo primero que debe señalarse es que el alcance de esta disposición está determinado inicialmente por el ámbito de aplicación del Decreto 2400 de 1968, cuyo artículo 1 señala claramente que su destinatario es la rama ejecutiva del poder público. Al respecto la Sala ha indicado que los organismos constitucionales autónomos como el Banco de la República no forman parte de ninguna de las ramas del poder público y por tanto no se les aplica la normatividad general propia de las entidades públicas típicas, sin perjuicio de que el legislador, de manera expresa así lo pueda disponer en materias específicas, siempre que no se comprometa la autonomía constitucional propia de los mismos, lo que, en principio, implica sustraerlos de las normas ordinarias. Por todo lo anterior, se concluye que el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 no es aplicable al Banco de la República, habida cuenta de que forma parte de un estatuto propio de la rama ejecutiva del poder público, a la cual, por disposición constitucional y legal, no pertenece el Banco de la República. Finalmente, la Sala considera necesario aclarar que lo señalado en este concepto no significa que al Banco de la República sólo le sea aplicable la ley 31 de 1992 y el Decreto 2520 de 1993. En efecto, como ya ha señalado esta Sala, es posible que, respetando la autonomía de la entidad, otras normas de ordenación del Estado dispongan su aplicación al Banco de la República en igualdad de condiciones con otras entidades públicas; así ocurre, por ejemplo, con la ley 708 de 2001 sobre reasignación de bienes inactivos entre entidades estatales; la ley 1066 de 2006 sobre potestades de cobro coactivo; la ley 1437 de 2011 sobre procedimientos administrativos o la propia Ley 734 de 2002 a la que ya se hizo alusión anteriormente. Así mismo, habrá normas que por la naturaleza de los derechos que protegen, también pueden ser aplicables en mayor o menor medida a los órganos autónomos e independientes en su calidad de entidades del Estado, como por ejemplo el caso de las leyes que se refieren al tratamiento de información personal en archivos públicos y privados (Ley 1581 de 2012), las que obligan a remover obstáculos físicos en edificios públicos o privados para garantizar la movilidad de las personas con movilidad reducida (ley 361 de 1999), etc. Por tanto, la Sala reitera, como lo ha hecho la jurisprudencia, que sin perjuicio de las salvaguardias necesarias para que las decisiones de política monetaria, cambiaria y crediticia obedezcan a criterios técnicos, la autonomía constitucional reconocida al Banco de la República no significa ausencia de regulación o separación del Estado.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la naturaleza jurídica de los organismos constitucionales autónomos como el Banco de la República, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Rad. 1554 M.P. Augusto Trejos. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Rad 581. M.P. Javier Henao Hidrón.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLITICA - ARTICULO 113 / CONSTITUCIÓN POLITICA - ARTICULO 125 / CONSTITUCIÓN POLITICA - ARTICULO 150 NUMERAL 23 / CONSTITUCIÓN POLITICA - ARTICULO 233 / CONSTITUCIÓN POLITICA - ARTICULO 371 / CONSTITUCIÓN POLITICA - ARTICULO 372 / DECRETO 2400 DE 1968 - ARTICULO 31 / LEY 31 DE 1992 / DECRETO 2520 DE 1993 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 38 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 40 / LEY 361 DE 1999 / LEY 734 DE 2002 / LEY 909 DE 2004 - ARTICULO - 55 / LEY 708 DE 2001 / LEY 1066 DE 2006 / LEY 1437 DE 2011 / LEY 1581 DE 2012

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA

Bogotá D.C., dos (2) de abril de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00086-00(2142)

Actor: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Referencia: Edad de retiro forzoso de los miembros de dedicación exclusiva de la Junta Directiva del Banco de la República.

El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República consulta a esta Sala sobre la aplicación de la edad de retiro forzoso, prevista en el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, a los miembros de dedicación exclusiva de la Junta Directiva del Banco de la República.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con el organismo consultante, en relación con el tema se han presentado dos interpretaciones:

(i) que los miembros de dedicación exclusiva de la Junta Directiva del Banco de la República no están sujetos a una edad de retiro forzoso, en la medida en que el régimen especial de la entidad no lo contempla y que por su autonomía constitucional no le son aplicables las reglas generales de la rama ejecutiva, en particular, el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968;

(ii) que la autonomía constitucional del Banco de la República no es absoluta y que, como parte del Estado que es, le son aplicables normas generales que regulan asuntos no contemplados en su régimen especial; particularmente, el Banco de la República se rige por la Ley 734 de 2002 o Código Disciplinario Único, que incorpora al mismo las inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses señalados en la ley (artículo 36); de modo que si se entiende que la edad de retiro forzoso constituye *un impedimento* para seguir ocupando el cargo o una *inhabilidad* si es anterior a la fecha de nombramiento, se tendría que, por esa vía del estatuto disciplinario, tal impedimento o inhabilidad legal por llegar a una determinada edad, sería aplicable también a los miembros de la Junta Directiva del Banco de la República.

Dada esta divergencia interpretativa, se hace la **SIGUIENTE PREGUNTA:**

“¿El artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, que fija en sesenta y cinco años la edad de retiro forzoso, es aplicable a los miembros de dedicación exclusiva de la Junta Directiva del Banco de la República?”

II. CONSIDERACIONES

1. Lo primero que debe señalarse para resolver el interrogante planteado es que, salvo en el caso de los magistrados de las altas cortes (artículo 233 C.P), no existe en la Constitución una regla general que establezca la edad de retiro forzoso como causal de dejación de los cargos públicos.

Por tanto, como ha indicado la jurisprudencia, su aplicación dependerá de que haya sido prevista por el legislador en desarrollo de sus competencias para expedir las normas que rigen el ejercicio de las funciones públicas (artículo 150-23 C.P) y para establecer las causales de retiro de los cargos públicos que no estén directamente reguladas en la Constitución (artículo 125 C.P.)¹.

Debe indicarse entonces, que la consagración de una edad de retiro forzoso en la ley no se opone a la Constitución, según lo ha reiterado en diversas oportunidades la Corte Constitucional², salvo para el caso de cargos de elección popular de periodo fijo³.

Sin embargo, la ley no ha previsto una regla aplicable a la generalidad de servidores públicos en relación con la edad de retiro forzoso; lo que ha hecho el legislador es establecerla de manera particular en los regímenes de los diversos órganos y entidades del Estado, como ocurre con la Rama Ejecutiva del Poder Público (Decreto Extraordinario 2400 de 1968), el poder judicial (artículos 149 y 204 de la Ley 270 de 1996), el Congreso de la República⁴, la Procuraduría General de la Nación (artículo 171 del Decreto Extraordinario 262 de 2000), la Contraloría General de la República (artículo 42 del Decreto 269 de 2000) y la Registraduría Nacional del Estado Civil (artículo 52 de la Ley 1350 de 2009), entre otras.

Como se observa, ante la ausencia de una regla general en la Constitución o en la propia ley, han sido normas legales particulares las que se han encargado de disponer en cada caso en concreto que la edad de retiro forzoso es causal de dejación del cargo en determinadas entidades del Estado.

De manera que, en el caso consultado, el problema está en establecer si existe o no una norma jurídica aplicable al Banco de la República que determine que los

¹ Sentencias C-351 de 1995 y C-563 de 1997. En la primera de ellas se señaló: "Ahora bien, la Constitución dispone en su artículo 125 que el retiro de los empleos en los órganos y entidades del Estado 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". Resulta pues claro que, además de las dos primeras causales antes señaladas, la ley puede establecer otras, y además la Constitución puede señalar otras. Es el caso de la causal establecida en el artículo 233 Superior en forma expresa para los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, esto es la de haber llegado a edad de retiro forzoso. ¿A quién corresponde determinar la edad de retiro forzoso? Obviamente si el constituyente no lo ha hecho, dicha potestad queda deferida al legislador, quien, además, dentro de la facultades asignadas en el artículo 125, puede determinarla para los demás servidores públicos."

² Sentencia C-531 de 1995 y C-563 de 1997. En esta última se dijo: "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 (C.P., artículos 13 y 40-7) y el derecho al trabajo de los ciudadanos que aspiran a desempeñarse como trabajadores al servicio del Estado (C.P., 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" (C.P., 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." De manera más reciente, en sentencias C-107 de 2002 y T-007 de 2010.

³ Sentencia C-531 de 1995.

⁴ Ver Concepto 1997 de 2010.

miembros de dedicación exclusiva de su junta directiva están obligados a dejar el cargo al cumplir una determinada edad. Norma que tendría fundamento en la competencia general del Congreso de la República de regulación de la función pública (artículos 125 y 150-23 C.P) y para expedir la ley a la cual deberá ceñirse el Banco Central para el ejercicio de sus funciones (artículos 150-22 y 372 C.P.)⁵.

2. Sobre ese particular se observa que la Junta Directiva del Banco de la República, que cumple las funciones de autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, se encuentra conformada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Gerente General del Banco de la República y cinco (5) miembros de dedicación exclusiva nombrados por el Presidente de la República para periodos de cuatro (4) años (artículo 372 C.P).

En el caso específico de los cinco (5) miembros de dedicación exclusiva, la ley 31 de 1992 determina las condiciones para acceder al cargo (artículo 29⁶); sus inhabilidades (artículo 30⁷) e incompatibilidades (artículo 31)⁸; la forma de designación (artículo 34⁹) y sus faltas absolutas (artículo 35). En relación con

⁵ En este sentido, la adopción de una edad de retiro forzoso no afectaría per se los elementos centrales de la autonomía del banco central, que en el caso particular de su junta directiva, ha sido asociada a la inamovilidad de sus miembros (esto es que no sean funcionarios de libre remoción por el Gobierno y que las causas de retiro sean objetivas); a la autonomía de dicha junta para adoptar las decisiones de política monetaria, cambiaria y crediticia (en ese sentido habrá menos autonomía si el Gobierno conserva facultades de veto o tiene a su favor un voto cualificado); y a la no sujeción de la entidad a las directrices y al poder jerárquico del ejecutivo. (Bianchi, Andrés, "Principios generales de la independencia del banco central", en CEMLA (ed.), Testimonios sobre la actuación de la banca central, vol. I, Edición del 40 aniversario del CEMLA, México, 1994, pp. 1-38; Cukierman, Alex, "Central Bank independence and monetary control", Economic Journal, noviembre de 1994, pp. 1437-47.)

⁶ Ser colombiano y ciudadano en ejercicio, tener título profesional y haber desempeñado, por al menos 10 años, cargos públicos o privados con reconocida eficiencia y honestidad o haber ejercido su profesión con buen crédito o la cátedra universitaria en materias relacionadas con la economía general, el comercio internacional, la moneda, la banca, las finanzas públicas o privadas o el derecho económico.

⁷ a) Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, salvo por delitos políticos o culposos.

b) Quienes hayan sido sancionados con destitución por la autoridad que ejerza funciones de inspección y vigilancia por faltas contra la ética en el ejercicio profesional, durante los diez (10) años anteriores.

c) Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuados los colombianos por nacimiento.

d) Quienes dentro del año anterior a su designación hayan sido representantes legales, con excepción de los gerentes regionales o de sucursales, de cualquier institución sometida a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria o de valores o accionistas de éstas con una participación superior al 10% del capital suscrito en el mismo lapso.

e) Quienes tengan vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil o legal, con los otros miembros de la Junta Directiva o de los representantes legales--excepto gerentes regionales o de sucursales--, o miembros de las juntas directivas de los establecimientos de crédito.

⁸ a) Ejercer su profesión y ningún otro oficio durante el período del ejercicio del cargo, excepción hecha de la cátedra universitaria.

b) Celebrar contratos con el Banco, por sí o por interpuesta persona o en nombre de otro, ni gestionar ante él negocios propios o ajenos, durante el ejercicio de su cargo, ni dentro del año siguiente a su retiro.

c) En ningún tiempo, intervenir en asuntos de carácter particular y concreto que hubiere tramitado durante el desempeño de sus funciones y en relación con su cargo.

d) Intervenir en ningún momento en actividades de proselitismo político o electoral, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio.

e) Ser representante legal, director o accionista de cualquier institución sometida a la inspección y vigilancia de las Superintendencias Bancaria o de Valores con una participación superior al 10% del capital suscrito, durante el ejercicio de su cargo.

f) Quienes hayan ejercido en propiedad el cargo de miembro de la Junta, no podrán ser representantes legales, ni miembros de Junta Directiva --excepto del propio Banco de la República--, de cualquier institución sometida a la vigilancia de las Superintendencias Bancarias o de Valores, sino un año después de haber cesado en sus funciones.

g) Los miembros de dedicación exclusiva de la Junta Directiva del Banco de la República no podrán desempeñar, durante el período para el cual fueron elegidos, los cargos de Ministro, Director de Departamento Administrativo o Embajador. En caso de renuncia se mantendrá esta incompatibilidad durante un (1) año después de haber cesado en sus funciones.

⁹ Artículo 34. De la designación y período de los miembros de la junta. Los miembros de la Junta Directiva del Banco de la República, distintos del Ministro de Hacienda y Crédito Público y del Gerente General, serán nombrados por el Presidente de la República para períodos de cuatro (4) años que empezarán a contarse a partir de la fecha de designación de la primera Junta en propiedad Para hacer efectiva la renovación parcial

estas últimas, el legislador solamente previó la muerte, la renuncia aceptada, la destitución decretada por sentencia proferida por autoridad competente y la ausencia injustificada a más de 2 sesiones continuas.

Es importante advertir que el artículo 32 de la ley 31 de 1992 señala expresamente que a los miembros de dedicación exclusiva del Banco de la República, les son aplicables los artículos 6 a 10 del Decreto 2400 de 1968, lo que, como se verá enseguida, implicará la exclusión de las restantes disposiciones de dicho estatuto, especialmente en materias que la ley 31 regula expresamente, como es el caso de sus inhabilidades, incompatibilidades y las causales de retiro de dichos funcionarios.

De otra parte, la ley 31 determina que los 5 miembros de dedicación exclusiva de la Junta Directiva del Banco tienen la condición de *“funcionarios públicos de Banca Central”*, que su vinculación es de *“índole administrativa”* y que su régimen salarial y prestacional será determinado directamente por el Presidente de la República (artículo 38). Ello los diferencia de la generalidad de trabajadores de la entidad, a quienes la Ley 31 de 1992 remite en general al derecho laboral privado.

Como se observa, ninguna de las normas anteriormente citadas, ni los estatutos de la entidad adoptados mediante Decreto 2520 de 1993, determina la sujeción de dichos funcionarios a una edad de retiro forzoso, ni la misma fue incluida en las causales que producen una falta absoluta en el respectivo cargo.

3. Dado entonces el silencio que guarda el régimen legal de la entidad en relación con el tema consultado, surge la duda para el organismo consultante de si se aplicaría por extensión la edad de retiro forzoso del Decreto 2400 de 1968, que en su artículo 31 señala:

“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 2o. del artículo 29 de este Decreto.”¹⁰

Lo primero que debe señalarse es que el alcance de esta disposición está determinado inicialmente por el ámbito de aplicación del Decreto 2400 de 1968, cuyo artículo 1 señala claramente que su destinatario *es la rama ejecutiva del poder público*:

“ARTICULO 1o. El presente Decreto regula la administración del personal civil que presta sus servicios en los empleos **de la Rama Ejecutiva del Poder Público.**” (se resalta)

prevista en la Constitución Política, una vez vencido el primer período, el Presidente de la República deberá reemplazar dos (2) de los miembros de la Junta dentro del primer mes de cada período. Los restantes continuarán en desarrollo del mandato del artículo 372 de la Constitución. Ninguno de los miembros puede permanecer más de tres (3) períodos consecutivos contados a partir de la vigencia de esta Ley.

¹⁰ El inciso 2º del artículo 29 al que se remite en la norma citada, señala: “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.”

Debe tenerse en cuenta que el alcance del Decreto 2400 de 1968 fue extendido por vía del artículo 55 de la Ley 909 de 2004, que dispone su aplicación a todas las entidades señaladas en el artículo 3 de dicha ley¹¹, entre las cuales, sin embargo, no se encuentra el Banco de la República¹².

Lo anterior es especialmente relevante en el caso consultado, si se tiene en cuenta que la voluntad del constituyente primario¹³ y del legislador¹⁴ ha sido la *no pertenencia* del Banco de la República a la rama ejecutiva del poder público y, por tanto, su no sujeción a las normas generales aplicables a ella, así como a los poderes de tutela administrativa que tradicionalmente están previstos en cabeza del Gobierno para coordinar la actividad de las entidades descentralizadas.

¹¹ "Artículo 55. Régimen de administración de personal. Las normas de administración de personal contempladas en la presente ley y en los Decretos 2400 y 3074 de 1968 y demás normas que los modifiquen, reglamenten, sustituyan o adicionen, se aplicarán a los empleados que presten sus servicios en las entidades a que se refiere el artículo 3o. de la presente ley." Ver conceptos 1764 de 2006 y 1997 de 2010. En este último, por ejemplo, la Sala concluyó que por vía del artículo 55 de la Ley 909 de 2004, la edad de retiro forzoso del Decreto 2400 de 1968 era aplicable a los empleados del Congreso de la República.

¹² "Artículo 3º. Campo de aplicación de la presente ley. 1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:

a) A quienes desempeñan empleos pertenecientes a la carrera administrativa en las entidades de la Rama Ejecutiva del nivel Nacional y de sus entes descentralizados.

- Al personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, salvo cuando en el servicio exterior los empleos correspondientes sean ocupados por personas que no tengan la nacionalidad colombiana.

- Al personal administrativo de las instituciones de educación superior que no estén organizadas como entes universitarios autónomos.

- Al personal administrativo de las instituciones de educación formal de los niveles preescolar, básica y media.

- A los comisarios de Familia, de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 30 de la Ley 575 de 2000;

b) A quienes prestan sus servicios en empleos de carrera en las siguientes entidades:

- En las corporaciones autónomas regionales.

- En las personerías.

- En la Comisión Nacional del Servicio Civil.

- En la Comisión Nacional de Televisión.

- En la Auditoría General de la República.

- En la Contaduría General de la Nación;

c) A los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados;

d) La presente ley será igualmente aplicable a los empleados de las Asambleas Departamentales, de los Concejos Distritales y Municipales y de las Juntas Administradoras Locales. Se exceptúan de esta aplicación quienes ejerzan empleos en las unidades de apoyo normativo que requieran los Diputados y Concejales.

2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

- Rama Judicial del Poder Público.

- Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo.

- Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales.

- Fiscalía General de la Nación.

- Entes Universitarios autónomos.

- Personal regido por la carrera diplomática y consular.

- El que regula el personal docente.

- El que regula el personal de carrera del Congreso de la República (...).

¹³ Véase Informe Ponencia de la Asamblea Nacional Constituyente (Gaceta Constitucional 53 del 17 de abril de 1991. Igualmente, ponencia para Primer Debate en Plenaria (Gaceta Constitucional 73 del 14 de mayo de 1991). En esta última se señaló: "La autonomía administrativa y técnica especial dentro de la estructura del Estado, permite establecer que el Banco Central no forme parte de las ramas legislativa, ejecutiva, jurisdiccional, fiscalizadora o electoral del poder público, sino que debe ser un órgano del Estado de naturaleza única, que por razón de las funciones que está llamado a cumplir, requiere de un ordenamiento y organización especiales, propios, diferentes el común aplicable a las demás entidades públicas o privadas"

¹⁴ Sobre la no pertenencia del Banco de la República a la rama ejecutiva del poder público, también quedó constancia en las diferentes discusiones surtidas en el Congreso de la República para la expedición de la Ley 31 de 1992; así, en la Ponencia para primer debate en el Senado, se señaló que la Constitución de 1991 ordenaba organizar al Banco Central como un organismo sujeto a un régimen legal propio que *no formaría parte de la Rama Ejecutiva ni pertenecería al Gobierno Nacional*; por esa misma razón se dijo que *"tampoco podrá organizarse como establecimiento público, empresa industrial o comercial o sociedad de economía mixta. Deberá tener entonces la forma de organización de las bases que la nueva Constitución señala (...)"* (Gaceta del Congreso No.84 del 29 de septiembre de 1993). Véase también la Ponencia para Segundo Debate en el Senado, Gaceta del Congreso 115 del 21 de octubre de 1992.

En este sentido, la Constitución Política establece que el Banco de la República se sujeta a un régimen legal propio (artículo 371) y que corresponde al Congreso de la República expedir la ley a la cual debe ceñirse la entidad para el ejercicio de sus funciones y para que el Gobierno expida sus estatutos, en los que se determinará, entre otros aspectos, *“la forma de su organización, su régimen legal, el funcionamiento de su junta directiva y del consejo de administración, el periodo del gerente, las reglas para la constitución de sus reservas, entre ellas las de estabilización cambiaria y monetaria, y el destino de los excedentes de sus utilidades”*¹⁵ (artículos 150-22 y 372 C.P.).

Al respecto la Sala ha indicado que los organismos constitucionales autónomos como el Banco de la República *“no forman parte de ninguna de las ramas del poder público y por tanto no se les aplica la normatividad general propia de las entidades públicas típicas, sin perjuicio de que el legislador, de manera expresa así lo pueda disponer en materias específicas, siempre que no se comprometa la autonomía constitucional propia de los mismos, lo que, en principio, implica sustraerlos de las normas ordinarias.”*¹⁶

Precisamente, el artículo 1 de la ley 31 de 1992 señala que el Banco de la República es un *organismo estatal de rango constitucional y naturaleza propia y especial, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, encargado de las funciones de banca central*; y, más adelante, el artículo 3º ibídem ratifica la especialidad del régimen propio del Banco de la República y remite al derecho privado para todo lo no previsto en él¹⁷.

En este contexto se explica el contenido del artículo 3 del Decreto 2520 de 1993 (Estatutos del Banco de la República), que además de reiterar la naturaleza especial del régimen de la entidad, señala expresamente que al banco emisor no le son aplicables las normas que rigen la actividad de las entidades descentralizadas de la rama ejecutiva, entre otros, el Decreto 2400 de 1968 a que alude la entidad consultante:

“Artículo 3º. Régimen jurídico. El Banco de la República se sujeta a un régimen legal propio. En consecuencia, la determinación de su organización, su estructura, sus funciones y atribuciones y los contratos en que sea parte, se regirán exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, en la Ley 31 de 1992 y en estos Estatutos. En los casos no previstos por aquéllas y éstos, las operaciones mercantiles y civiles y, en general, los actos del Banco que no fueren administrativos, se regirán por las normas del derecho privado.

Por su naturaleza propia y especial, su autonomía administrativa, patrimonial y técnica, y por expreso mandato constitucional que determina la existencia

¹⁵ El artículo 27 de la ley 31 de 1992 establece que los estatutos del Banco de la República (preparados por la Junta Directiva y aprobados por el Gobierno), deberán regular lo concerniente al nombre y domicilio de la entidad, sus órganos de administración, su ejercicio contable y estados financieros, el régimen de reservas y utilidades, el régimen laboral en lo no previsto en la ley, las inhabilidades e incompatibilidades de los trabajadores del Banco y las funciones de la auditoría.

¹⁶ Concepto 1554 de 2004, M.P. Augusto Trejos. Ver igualmente Concepto 581 de 1994. M.P. Javier Henao Hidrón.

¹⁷ Artículo 3o. Régimen Jurídico. El Banco de la República se sujeta a un régimen legal propio. En consecuencia, la determinación de su organización, su estructura, sus funciones y atribuciones y los contratos en que sea parte, se regirá exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, en esta Ley y en los Estatutos. En los casos no previstos por aquellas y éstos, las operaciones mercantiles y civiles y, en general, los actos del Banco que no fueren administrativos, se regirán por las normas del derecho privado.”

de un régimen legal propio, **al Banco de la República no le será aplicable el régimen de las entidades descentralizadas**, determinado principalmente por los Decretos 1050, **2400**, 3074, 3130 y 3135 **de 1968**, 128 y 130 de 1976 y la Ley 80 de 1993, o por aquellas normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan, salvo las excepciones previstas en la Ley 31 de 1992.”. (se resalta)

4. Lo señalado hasta ahora es concordante con el tratamiento dado al Banco de la República en la Ley 489 de 1998, en el sentido de que no aparece en la lista de entidades y organismos pertenecientes a la rama ejecutiva del poder público (artículo 38), sino en el de entidades y organismos estatales sujetos a un régimen especial (artículo 40), los cuales se sujetan a las normas que rigen su propia actividad:

“Artículo 40. *Entidades y organismos estatales sujetos a régimen especial.* El Banco de la República, los entes universitarios autónomos, las corporaciones autónomas regionales, la Comisión Nacional de Televisión y los demás organismos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política se sujetan a las disposiciones que para ellos establezcan las respectivas leyes.”

Por ello, en la arquitectura del Estado colombiano, el Banco de la República es de aquellas entidades autónomas a las que se refiere el artículo 113 de la Constitución Política, cuando señala que además de los órganos del Estado que integran las diferentes ramas del poder público, “*existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado*”.¹⁸ Así, la jurisprudencia ha reiterado que el Banco de la República es un órgano constitucional autónomo “*sui generis, organizado bajo un régimen legal propio, que está contenido en la ley dictada por el Congreso, y en los estatutos a los cuales debe ceñirse el Banco para el ejercicio de sus funciones*”¹⁹.

5. Por todo lo anterior, se concluye que el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 no es aplicable al Banco de la República, habida cuenta de que forma parte de un estatuto propio de la rama ejecutiva del poder público, a la cual, por disposición constitucional y legal, no pertenece el Banco de la República. Se exceptúa de ello lo dispuesto expresamente en el artículo 32 de la propia Ley 31 de 1992, cuando establece que a los miembros de dedicación exclusiva del Banco de la República le serán aplicables los artículos 6 a 10 del Decreto 2400 de 1968:

“Artículo 32. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 30 y 31 de esta ley, le serán aplicables a los miembros de dedicación exclusiva de la Junta Directiva del Banco lo previsto en los artículos 6 a 10 del Decreto 2400 de 1968.”

Tales artículos del Decreto 2400 de 1968 se refieren a deberes (artículo 6), derechos (artículo 7) y prohibiciones (artículos 8, 9 y 10) de los servidores de la rama ejecutiva del poder público, que por vía de dicha *remisión expresa* serán entonces aplicables a los miembros de dedicación exclusiva de la Junta Directiva del Banco de la República.

¹⁸ Sentencia C-354 de 2006; igualmente Sentencia C-827 de 2001: “Como ha sido reiterado por la jurisprudencia de esta Corporación, el Banco de la República a partir de las formulaciones constitucionales adoptadas en 1991, es órgano autónomo de aquellos que corresponde a los enunciados en el artículo 113 de la Carta y cuyas funciones y características institucionales y jurídicas, así como los objetivos y funciones de la Junta Directiva, en cuanto autoridad monetaria, se definen, primordialmente, en los artículos 371, 372 y 373 *ibídem*.” Ver también, sentencias C-566 de 2000, C-

¹⁹ Sentencia C-314 de 1996; igualmente Sentencias C-827 de 2001 y C-354 de 2006.

Para la Sala el hecho de que, según ya se anotó, la voluntad del constituyente y del legislador haya sido la de excluir al Banco de la República del régimen propio de la rama ejecutiva del poder público, determina que la remisión a los artículos 6 a 10 del Decreto 2400 de 1968 sea, a su vez, excluyente de las demás normas de dicho estatuto, más aún de las referentes a las causales de retiro, las cuales fueron materia de regulación expresa en la propia ley 31 de 1992.

6. Ahora bien, frente a la conclusión de no aplicación directa del Decreto 2400 de 1968, el organismo consultante plantea una segunda posibilidad: la de entender que la edad de retiro forzoso prevista en el Decreto 2400 de 1968 regiría para los miembros de dedicación exclusiva de la Junta Directiva del Banco de la República por vía la Ley 734 de 2002 o Código Disciplinario Único, éste sí aplicable al Banco Emisor; según la consulta, cuando el artículo 36 del estatuto disciplinario dispone que “*se entienden incorporadas a este código las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos de intereses señalados en la Constitución y la ley*”, ello incluiría la edad de retiro forzoso, pues ésta sería *una inhabilidad* cuando es previa a ocupar el cargo o un *impedimento* para continuar en el mismo, si se presenta cuando ya se ha accedido a él.

En primer lugar es preciso aclarar el alcance del artículo 36 de la Ley 734 de 2002 que el organismo consultante trae a colación. Al respecto, cuando se revisa dicha ley se observa que la misma consagra inhabilidades (artículo 38), incompatibilidades (artículo 39) y una regla general de conflicto de intereses (Artículo 40) aplicable a la generalidad de servidores públicos sometidos al estatuto disciplinario. Por tanto, lo que hace el artículo 36 en cuestión es aclarar de manera expresa que la inclusión de esas inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos en la ley 734, es adicional (no derogatoria) del régimen constitucional y legal que le sea aplicable al respectivo servidor público según la naturaleza del empleo, su forma de vinculación, etc. En ese contexto cobran sentido las expresiones “también constituyen inhabilidades” y “además constituyen incompatibilidades”, de los artículos 38 y 39, respectivamente.

No significa, como parecería entenderlo el organismo consultante, que todas las inhabilidades, incompatibilidades e inhabilidades previstas en los diferentes estatutos legales que rigen a cada una de las ramas y órganos del poder público, se extendieron automáticamente a las demás por virtud del artículo 36 en cita. Ello generaría zonas de incertidumbre que podrían afectar principios constitucionales como los de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad.

Además, debe recordarse que las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos en general, exigen consagración expresa y no pueden ser interpretadas extensivamente²⁰, lo que impide aplicaciones extensivas como la que plantea la consulta.

De manera que, en el caso particular de los miembros de dedicación exclusiva de la Junta Directiva del Banco de la República, lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 734 de 2002 no modifica el hecho de que su régimen de inhabilidades,

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 10 de febrero de 2011, M.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 1997-04685.; Corte Constitucional, Sentencia C-353 de 2009. Recientemente, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2113 de 2012, M.P. William Zambrano Cetina. En relación con el carácter restrictivo de los impedimentos, véase Sentencia C-811 de 2011: “Sin embargo, con el fin de evitar que el impedimento se convierta en una forma de evadir el ejercicio de la tarea esencial del juez, y en una limitación excesiva al derecho fundamental al acceso a la administración de justicia (Artículo 228, C.P.), jurisprudencia coincidente y consolidada de los órganos de cierre de cada jurisdicción, ha determinado que los impedimentos tienen un carácter taxativo y que su interpretación debe efectuarse de forma restringida.”

incompatibilidades e impedimentos es principalmente el previsto expresamente para ellos en la Ley 31 de 1992 y no en otras normas aplicables a otros organismos del Estado; lo anterior, claro está, adicionado con lo que disponen los artículos 38, 39 y 40 del referido estatuto disciplinario, según ya se indicó.

7. En todo caso, la interpretación que plantea el organismo consultante tampoco sería posible porque la edad de retiro forzoso es una situación jurídica distinta de la que surge en razón de las inhabilidades e impedimentos previstos en la ley.

En efecto, según aparece señalado en las diferentes normas que la consagran, la edad de retiro forzoso es una *causal de retiro automático del servicio*; su consagración, como ha señalado la jurisprudencia, responde a una política legislativa de ordenación y renovación del empleo público como bien público escaso²¹. De ahí que cuando el servidor público alcanza la edad señalada en la ley, simplemente cesa en sus funciones y pierde, por ministerio de la ley, la investidura de la cual derivaba sus competencias legales y reglamentarias.

Por su parte, las inhabilidades son una derivación de los principios constitucionales de imparcialidad y moralidad administrativa; obedecen a circunstancias que le impiden a una persona acceder a un cargo público o continuar ejerciéndolo, *“por razón del conflicto que puede generarse entre sus intereses personales y los intereses públicos.”*²² El régimen de inhabilidades garantiza así *“la absoluta transparencia de las personas que se han de vincular a la función pública para asegurar que el ejercicio de ésta se dirija no a la realización de los propios intereses sino a la satisfacción de las necesidades sociales y al aseguramiento de los intereses colectivos”*²³ Por ello, la Corte Constitucional ha señalado que las inhabilidades son *“requisitos negativos para acceder a la función pública que buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad para el ingreso y permanencia en el servicio público.”*²⁴

Los *impedimentos*, a su vez, si bien tienen la misma finalidad de evitar conflictos entre el interés general y el particular del servidor público²⁵, no comportan la imposibilidad de ejercer el cargo ni el retiro del mismo, sino que obligan al servidor público a apartarse del conocimiento de aquéllos asuntos en que pueda presentarse tal oposición de intereses, so pena de verse expuesto a una recusación e incurrir en una falta disciplinaria.

De manera que la edad de retiro forzoso no corresponde a ninguno de tales conceptos. Ni es inhabilidad ni es impedimento. Por tanto, en ningún caso se

²¹ Sentencias T-531 de 1995, C-563 de 1997 y T-154 de 2012, entre otras. En esta última se señaló: *“(…) [la edad de retiro] responde a la filosofía de que quienes ejercen un cargo público no se pueden perpetuar en el mismo, sino que su retiro debe entenderse como un mecanismo racional para garantizar la renovación del personal, extendiendo el abanico de posibilidades para que otros aspirantes más jóvenes puedan acceder a los mismos, e incluso provoquen un proceso de mayores niveles de eficiencia, en cuanto pueden aportar nuevos conocimientos, y entrar a relevar con mayores energías a quienes por el desgaste natural producto de la edad tienen necesidad de ser relevados para entrar a disfrutar de un justo descanso remunerado: el proporcionado por la pensión de vejez.”*

²² Sentencia C-468 de 2008.

²³ Sentencia C-391 de 2002; igualmente Sentencia C-546 de 1997: *“Con las inhabilidades se persigue que quienes aspiran a acceder a la función pública posean ciertas cualidades o condiciones que aseguren la gestión de dichos intereses con arreglo a los criterios de igualdad, eficiencia, moralidad e imparcialidad que informan el buen servicio y antepongan los intereses personales a los generales de la comunidad.”*

²⁴ Sentencia C-200 de 2001; véase también Sentencia T-343 de 2010.

²⁵ *“Artículo 11. Conflictos de interés y causales de impedimento y recusación.* Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido”. Al respecto, en relación con los impedimentos judiciales, la Corte Constitucional ha señalado que *“técnicamente, el impedimento es una facultad excepcional otorgada al juez para declinar su competencia en un asunto específico, separándose de su conocimiento, cuando considere que existen motivos fundados para que su imparcialidad se encuentre seriamente comprometida.”* (Sentencia C-811 de 2011).

podría extender su aplicación a partir de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 734 de 2002.

8. Finalmente, la Sala considera necesario aclarar que lo señalado en este concepto no significa que al Banco de la República sólo le sea aplicable la ley 31 de 1992 y el Decreto 2520 de 1993.

En efecto, como ya ha señalado esta Sala²⁶, es posible que, respetando la autonomía de la entidad, otras normas de ordenación del Estado dispongan su aplicación al Banco de la República en igualdad de condiciones con otras entidades públicas; así ocurre, por ejemplo, con la ley 708 de 2001 sobre reasignación de bienes inactivos entre entidades estatales²⁷; la ley 1066 de 2006 sobre potestades de cobro coactivo²⁸; la ley 1437 de 2011 sobre procedimientos administrativos²⁹ o la propia Ley 734 de 2002 a la que ya se hizo alusión anteriormente. Así mismo, habrá normas que por la naturaleza de los derechos que protegen, también pueden ser aplicables en mayor o menor medida a los órganos autónomos e independientes en su calidad de entidades del Estado, como por ejemplo el caso de las leyes que se refieren al tratamiento de información personal en archivos públicos y privados (Ley 1581 de 2012³⁰), las que obligan a remover obstáculos físicos en edificios públicos o privados para garantizar la movilidad de las personas con movilidad reducida (ley 361 de 199), etc.

Por tanto, la Sala reitera, como lo ha hecho la jurisprudencia, que sin perjuicio de las salvaguardias necesarias para que las decisiones de política monetaria, cambiaria y crediticia obedezcan a criterios técnicos, la autonomía constitucional reconocida al Banco de la República no significa ausencia de regulación o separación del Estado³¹.

Hechas estas aclaraciones y con base en lo expuesto,

(III) La Sala RESPONDE

“¿El artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, que fija en sesenta y cinco años la edad de retiro forzoso, es aplicable a los miembros de dedicación exclusiva de la Junta Directiva del Banco de la República?”

²⁶ Concepto 1580 de 2004, M.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

²⁷ El artículo 1 vincula a “Las entidades públicas del orden nacional, de carácter no financiero, que hagan parte de cualquiera de las Ramas del Poder Público, así como los órganos autónomos e independientes (...)”

²⁸ El artículo 5 otorga jurisdicción coactiva a “Las entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano y que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos, del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política (...)”.

²⁹ El artículo 2 señala que la ley cobija a “todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas.”

³⁰ “Artículo 20. Ámbito de aplicación. Los principios y disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables a los datos personales registrados en cualquier base de datos que los haga susceptibles de tratamiento por entidades de naturaleza pública o privada.”

³¹ Entre otras, Sentencias C-489 de 1994, C-529 de 1993, C-566 de 2000, C-208 de 2000 y C-827 de 2001: En esta última se dijo: “Empero la autonomía, según orientación constante de esta Corporación, dentro de un Estado unitario (condición que no solo cabe predicar de las relaciones Nación - entidades territoriales, sino de todos los elementos institucionales que integran el Estado) no es absoluta sino relativa y debe ejercitarse bajo el imperativo de la unidad y de los principios y reglas operativos de la descentralización y la desconcentración, en consonancia con las de la competencia y la coordinación. Es necesario, por ende, para el caso del Banco de la República y a partir de las reglas constitucionales, determinar la operatividad de los mencionados principios y reglas de organización e interrelación. “

No. El artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, que fija en sesenta y cinco años la edad de retiro forzoso, no es aplicable a los miembros de dedicación exclusiva de la Junta Directiva del Banco de la República.

Remítase al señor Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

Presidente de la Sala

**LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO
BECERRA**

Consejero de Estado

AUGUSTO HERNÁNDEZ

Consejero de Estado

OSCAR ALBERTO REYES REY

Secretario de la Sala