



El servicio público
es de todos

Función
Pública



* 2 0 2 1 6 0 0 0 4 3 9 8 7 1 *

Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20216000439871
Fecha: 10/12/2021 11:18:31 a.m.

Bogotá

Asunto: Aplicación edad de retiro forzoso prevista en la Ley 1821 de 2016 a los trabajadores de Ecopetrol S.A.

H. Señor Presidente:

En relación con el asunto de la referencia y de conformidad con lo previsto en el artículo 237 de la Constitución Política de Colombia y en el numeral 1° del artículo 112 de la Ley 1437 de 2011, el Gobierno Nacional, a través del Departamento Administrativo de la Función Pública, eleva la presente consulta ante el Honorable Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil, previas las siguientes consideraciones:

Es relevante para el ejercicio de la facultad por parte de Ecopetrol S.A. de dar por terminado de manera unilateral y por justa causa, en razón al reconocimiento pensional¹, los contratos de trabajo de sus trabajadores a los que les sea reconocida una pensión de vejez por parte de las

¹ Facultad prevista en el inciso primero del párrafo 3° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, en consonancia con el numeral 14 del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965 y reglamentado por el artículo 2.2.1.1.4 del Decreto 1072 de 2015.



administradoras de pensiones del Sistema General de Pensiones; considerando su naturaleza jurídica, régimen legal y la naturaleza de las actividades que desarrolla.

I. CONTEXTO JURÍDICO GENERAL

La Ley 1821 del 30 de diciembre de 2016 dispone:

*“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. (...)”* (Resaltado fuera de texto).

Así lo enuncia el epígrafe de la Ley en su artículo 1º y se desprende del análisis de los antecedentes, tal y como lo desarrolló la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el Concepto 2326 de 2017.

Dispone la misma Ley que quienes deseen voluntariamente acceder o permanecer en el **ejercicio de funciones públicas** podrán hacerlo en los términos allí previstos, con la obligación de continuar contribuyendo al Sistema General de Seguridad Social y **no les será aplicable la justa causa de terminación del contrato de trabajo prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003**, cuando sea notificada o reconocida la pensión por parte de las administradoras del Sistema General de Pensiones.

De la interpretación literal de la norma se desprende que constituye condición legal que la persona que pretenda permanecer laboralmente activa hasta los 70 años debe reunir dos condiciones: la primera, desempeñar funciones públicas y, la segunda, continuar contribuyendo (cotizando) al Sistema General de Pensiones.

De una interpretación armónica de la citada ley con la previsión contenida en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, se desprende que cuando un trabajador afiliado al Sistema General de Pensiones **no ejerce funciones públicas**, sea este trabajador del sector privado o servidor público, no le será aplicable lo previsto en la Ley 1821 de 2016.

II. DE LA NOCIÓN DE FUNCIÓN PÚBLICA Y LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA

La Constitución Política califica como *funciones públicas* la administración de justicia (art. 228 C.P.) y el control fiscal (art. 267 C.P.); el artículo 209 se refiere a la *función administrativa*, especie dentro del género *función pública*. Por su parte, algunos pronunciamientos de las Altas Cortes² han señalado que, en sentido amplio, las actividades de los servidores públicos son por

² Al respecto, se encuentran las sentencias C-563 de 1998, C-037 de 2003 y C-185 de 2019.



esencia y definición *funciones públicas* en la medida en que tienen como propósito alcanzar los diferentes fines del Estado.

Frente a estos últimos, desde la ontología se ha propendido por consolidar las actividades que desarrolla el Estado, sintetizándolas así: darse su organización fundamental, regular las relaciones con el mundo exterior (internacional), regular las relaciones de sus súbditos, regular lo relacionado con el patrimonio público, prestar servicios públicos y fomentar las actividades de los particulares³.

Sin embargo, de los análisis que han realizado las altas Cortes, se ha concluido que no todo fin del Estado comporta en sí mismo una *función pública* o *administrativa*. Al respecto, distintas providencias han analizado lo relativo a la distinción que existe entre *función pública* y *servicio público*, señalando que éste último no implica en sí mismo necesariamente el ejercicio de una *función pública*⁴, en razón a las disímiles manifestaciones de las dos nociones que conceptualmente permiten establecer con claridad las diferencias entre ellas.

Según lo desarrollado por la jurisprudencia, la *función pública* conlleva el ejercicio de potestades públicas derivadas de la autoridad inherente del Estado – *ius imperium*, (Por ejemplo, señalamiento de conductas, ejercicio de coerción o expedición de actos unilaterales), mientras que el *servicio público* conlleva una serie de actividades relacionadas con prestaciones a favor de los particulares, que entrañan un interés público o social, pero que pueden ser prestados incluso por los mismos particulares bajo la regulación, control y vigilancia del Estado, sin que por ello se configure como *función pública*.

En el mismo sentido, jurisprudencialmente se ha decantado que las actividades industriales y comerciales que desarrollan las sociedades de economía mixta como entidades descentralizadas por servicios⁵ **tampoco** comportan propiamente el ejercicio de una *función*

³ Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto del año 2006, radicado 1735, CP. Luís Fernando Alvarez Jaramillo.

⁴ Ver, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional C-037 de 2003, C-185 de 2019; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez, en sentencia con Radicación número: ACU-1016 del 18 de noviembre de 1999 y Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del año 2006, Radicación 1735.

⁵ Ley 489 de 1998, Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, entre otras.

Artículo 38. "INTEGRACIÓN DE LA RAMA EJECUTIVA DEL PODER PÚBLICO EN EL ORDEN NACIONAL. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades: (...)

2. Del Sector descentralizado por servicios:

f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;(...)" (Subrayas fuera de texto).

Artículo 68. "ENTIDADES DESCENTRALIZADAS. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas. (...)" (Subrayas fuera de texto).



administrativa [función pública], aun cuando los trabajadores que prestan sus servicios en estas entidades tengan la condición de servidores públicos (Art. 123 C.P.).

De manera general, el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 dispone: "**Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley...** PARÁGRAFO. Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado" (Resaltado fuera de texto).

Por su parte, el Código de Comercio, en el artículo 461, establece que estas sociedades "se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario".

En consonancia con lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado en múltiples pronunciamientos que en razón a las actividades industriales y comerciales que desarrollan las sociedades de economía mixta y la situación de concurrencia y competencia económica en que se cumplen tales actividades, de manera consonante con el régimen jurídico de derecho privado aplicable, no cabe dentro de las mismas el ejercicio de funciones administrativas [función pública]⁶.

⁶ Entre otras, la Corte Constitucional en sentencia C-629 de 2003 consideró: "...en la medida en que la sociedad de economía mixta ostenta legalmente características dentro de las cuales no cabe el ejercicio de función administrativa ya que conforme a la misma ley debe cumplir actividades industriales y comerciales conforme al derecho privado, no es pertinente aludir a violación de aquellos principios propios de la función administrativa por la circunstancia de que el legislador asigne a la entidad un régimen de derecho privado (...)

Si bien es cierto que tanto las sociedades de economía mixta como las empresas industriales y comerciales del Estado pueden tenerse como instrumentos de intervención estatal en la economía, que se proyectan más allá del ejercicio de la función administrativa, y que por principio han de sujetarse al derecho privado, con las salvedades que señale la ley, es también evidente que la misión que están llamadas a cumplir unas y otras como instrumentos de la acción estatal, no es idéntica.

En efecto, en las sociedades de economía mixta aparece como preponderante la misión de atraer el capital privado hacia el desarrollo conjunto de proyectos de interés general y asumir directamente dentro de un ente societario los resultados de la correspondiente gestión, con sus beneficios y responsabilidades, en los términos de la ley; ese solo elemento permite encontrar razonable que el legislador determine modulaciones en cuanto al régimen aplicable frente al que cabe predicar de las empresas industriales y comerciales del Estado, pues en éstas el capital se halla constituido totalmente al Estado (L. 489/98, art. 85)." (Negrilla fuera de texto).

En sentencia C- 338 de 2011, la misma Corporación señaló que: "A renglón seguido, la Corporación apuntó que en la medida en que la sociedad de economía mixta ostenta legalmente características, dentro de las cuales no cabe el ejercicio de función administrativa, ya que, según la misma ley, debe cumplir actividades industriales y comerciales conforme al derecho privado, no es pertinente aludir a violación de aquellos principios propios de la función administrativa por la circunstancia de que el legislador asigne a la entidad un régimen de derecho privado. (...) // Y es que si se observa que el objeto social de las sociedades de economía mixta consiste en el cumplimiento de actividades de naturaleza industrial y comercial, se percibe como razonable la exclusión de sus trabajadores del régimen disciplinario contemplado en la Ley 734 de 2002, en la medida en que este tipo de actividades no comportan propiamente el ejercicio de una función administrativa⁶ y en que su desarrollo aproxima al Estado o a sus entidades a la esfera de quienes, como particulares, actúan guiados por el ánimo de obtener un lucro." (Resaltado fuera de texto).



III. DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE ECOPETROL S.A., SU OBJETO SOCIAL Y EL RÉGIMEN LABORAL QUE APLICA A SUS TRABAJADORES

Mediante el Decreto Ley 1760 de 2003 se escindió de la Empresa Colombiana de Petróleos - Ecopetrol⁷ la administración integral de las reservas de hidrocarburos de propiedad de la Nación y la administración de los activos no estratégicos representados en acciones y participaciones en sociedades.

A partir de esta disposición, Ecopetrol quedó organizada como sociedad pública por acciones, cuyas funciones están enfocadas en actividades comerciales e industriales relacionadas con la exploración, explotación de hidrocarburos, refinación, transporte, distribución y comercialización los hidrocarburos, derivados y productos.

Posteriormente, mediante la Ley 1118 de 2006 a través de la cual se autorizó a Ecopetrol S.A. la emisión de acciones para ser colocadas en el mercado, se estableció que una vez emitidas y colocadas las mismas la sociedad quedaría organizada como una *Sociedad de Economía Mixta de carácter comercial*, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía; la cual cuenta, a la fecha, con una participación accionaria de la Nación del 88,49%.

Atendiendo las disposiciones citadas en apartes anteriores, acorde con el desarrollo jurisprudencial sobre el tema, el legislador en uso de la libre facultad de configuración dispuso en la citada ley que el régimen aplicable a los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de Ecopetrol S.A., así como el régimen laboral aplicable a los trabajadores de dicha compañía, sería el régimen del derecho privado y sus trabajadores continuarían sujetos al Código Sustantivo del Trabajo (artículos 6º y 7º), disposiciones que no establecen para los trabajadores una edad de retiro forzoso.

Los artículos 6º y 7º (parcial) citados fueron objeto de demanda de inconstitucionalidad, con ocasión de la cual la Corte Constitucional, en sentencia C-722-07⁸, precisó que:

"...a pesar de que ECOPETROL S.A. sigue siendo parte de la estructura de la administración pública, por pertenecer al nivel descentralizado y ser un organismo vinculado, por lo que no puede ser considerada como un particular, debe tenerse en cuenta su cambio de naturaleza jurídica y su nueva condición de sociedad de economía mixta con características dentro de las cuales no cabe el ejercicio de función administrativa, [función pública] ya que debe cumplir actividades de naturaleza industrial y comercial conforme al derecho privado, por lo que no

⁷ Para ese entonces empresa industrial y comercial del Estado.

⁸ En esta sentencia C-722 de 2007 se acude nuevamente al pronunciamiento de la Corte Constitucional citado, expuesto en la sentencia C-629 de 2003.



es pertinente aludir a la violación de aquellos principios consagrados en el artículo 209 superior.” (Se destaca y se subraya).

La Corte Constitucional, en la misma sentencia C-722 de 2007, al pronunciarse sobre el artículo 7° de la Ley 1118 de 2006, consideró que:

*“...Si se toma el texto integral de la disposición contenida en el artículo 7°. de la Ley 1118 de 2006, se pone en evidencia cómo, **de lo que se trata es de señalar el régimen laboral aplicable a los servidores de Ecopetrol S.A. y, para tal efecto, se empieza por ratificar su condición de servidores públicos, para señalar luego que dichos servidores públicos tendrán el carácter de trabajadores particulares** para efectos de la determinación del régimen jurídico aplicable a sus contratos individuales de trabajo, disposición que se encuentra en consonancia con lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución, según el cual los empleados y los trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios son servidores públicos.*

Significa lo anterior que la asignación del carácter de trabajadores particulares a los servidores públicos - para efectos de la aplicabilidad de las normas del Código Sustantivo de Trabajo y para asegurar la vigencia de las prerrogativas plasmadas en las convenciones colectivas de trabajo y demás acuerdos que puedan existir entre la entidad empleadora y sus trabajadores - resulta constitucionalmente admisible en la medida en que se respeten los derechos adquiridos de los trabajadores y se asegure la plena observancia de lo dispuesto” (Negrilla fuera del texto).

Así las cosas, de los diversos pronunciamientos efectuados frente al tema en particular, se colige que en Ecopetrol S.A. **no se desempeñan funciones públicas** y existe libertad del legislador en su regulación.

En consecuencia, en razón a las actividades que desarrolla Ecopetrol S.A. como sociedad de economía mixta, esto es, actividades industriales y comerciales en un ámbito de libre competencia, y habida cuenta de la escisión efectuada por el Decreto Ley 1760 de 2003 y consecuente creación de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, dicha empresa no tiene a su cargo potestades públicas derivadas de la noción de *función pública* ni se enmarca en el ejercicio de *funciones administrativas*⁹, especie del mismo concepto; lo que no se desvirtúa por

⁹ Entre otras, la Corte Constitucional en sentencia C-629 de 2003 consideró: *“...en la medida en que la sociedad de economía mixta ostenta legalmente características dentro de las cuales no cabe el ejercicio de función administrativa ya que conforme a la misma ley debe cumplir actividades industriales y comerciales conforme al derecho privado, no es pertinente aludir a violación de aquellos principios propios de la función administrativa por la circunstancia de que el legislador asigne a la entidad un régimen de derecho privado (...).” (Negrilla fuera de texto).*

En sentencia C- 338 de 2011, la misma Corporación señaló que: *“A renglón seguido, la Corporación apuntó que en la medida en que la sociedad de economía mixta ostenta legalmente características, dentro de las cuales no cabe el ejercicio de ‘función administrativa’, ya que, según la misma ley, debe cumplir actividades industriales y comerciales conforme al derecho privado, no es pertinente aludir a violación de aquellos principios propios de la función administrativa por la circunstancia de que el legislador asigne a la entidad un régimen de derecho privado. (...) // Y es que si se observa que el objeto social de las*



el hecho que, como ha sido referido por la Corte Constitucional, en razón al capital público que concurre en el capital social, deba considerar los principios consagrados en el artículo 209 constitucional.

Adicionalmente, en razón a que las actividades que desarrolla Ecopetrol S.A. se configuran como un *servicio público*¹⁰, que por definición *"implica la existencia de una actividad que, prestada en forma regular y continua, entraña un interés público o social"*¹¹, ello no comporta tampoco el ejercicio de una *función pública*, tal y como se deriva de los análisis efectuados por parte de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

En este sentido, debe tomarse en consideración lo señalado por esta última Corporación, en cuanto a que *"(...) es de señalar que la función pública significa una actividad de Estado que no puede jamás concebirse como análoga a la de un particular, aun cuando se tratara de una empresa (...)"*¹².

sociedades de economía mixta consiste en el cumplimiento de actividades de naturaleza industrial y comercial, se percibe como razonable la exclusión de sus trabajadores del régimen disciplinario contemplado en la Ley 734 de 2002, en la medida en que este tipo de actividades no comportan propiamente el ejercicio de una función administrativa⁹ y en que su desarrollo aproxima al Estado o a sus entidades a la esfera de quienes, como particulares, actúan guiados por el ánimo de obtener un lucro." (Resaltado fuera de texto).

¹⁰ Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 430. *"(...) Constituyen, por tanto, servicio público, entre otras, las siguientes actividades: (...) h) Las de explotación, refinación, transporte y distribución de petróleo y sus derivados, cuando estén destinadas al abastecimiento normal de combustibles del país, a juicio del gobierno, e (...)".*

Decreto 1056 de 1953 (Código de Petróleos) **"ARTÍCULO 212. Como el transporte y la distribución del petróleo y sus derivados constituyen un servicio público, las personas o entidades dedicadas a esa actividad deberán ejercitarla de conformidad con los reglamentos que dicte el Gobierno en guarda de los intereses generales"**.

Ley 39 de 1987, **"Artículo 1º La distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo es un servicio público que se prestará de acuerdo con la Ley"**.

Ley 26 de 1989, **"Artículo 1º. En razón de la naturaleza del servicio público de la distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo, fijado por la Ley 39 de 1987, el Gobierno podrá determinar: horarios, precios, márgenes de comercialización, calidad, calibraciones, condiciones de seguridad, relaciones contractuales y demás condiciones que influyen en la mejor prestación de ese servicio público"**.

Corte Constitucional. Sentencia C-450 de 1995: *"En lo atinente a las actividades de explotación, refinación y transporte de petróleo y sus derivados, a que alude la letra h), estima la Corte que éstas son actividades básicas y fundamentales para asegurar a su vez otras actividades esenciales, como el transporte, la generación de energía, etc., todas ellas dirigidas a asegurar igualmente el ejercicio o disfrute de los derechos fundamentales. Por consiguiente, dichas actividades constituyen servicios públicos esenciales"*. Consonante con Sentencia C-796 de 2014.

Decreto 4299 de 2005, **"Artículo 1º. Objeto. Este decreto tiene por objeto establecer los requisitos, obligaciones y el régimen sancionatorio, aplicables a los agentes de la cadena de distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo, excepto GLP, señalados en el artículo 61 de la Ley 812 de 2003, con el fin de resguardar a las personas, los bienes y preservar el medio ambiente."**

Parágrafo 1º. La refinación, almacenamiento, manejo, transporte y distribución de los combustibles líquidos derivados del petróleo son considerados servicios públicos que se prestarán conforme a la ley, el presente decreto y demás disposiciones que reglamenten la materia".

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-185 de 2019.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez, en sentencia con Radicación número: ACU-1016 del 18 de noviembre de 1999



Bajo las mismas consideraciones se encuentran además distintas sociedades particulares que prestan servicios públicos, tal y como aquellos relacionados, entre otros, con la salud, transporte y educación, sin que por esta razón sus colaboradores ejerzan función pública.

Ahora resulta pertinente señalar, en lo que hace a las normas que regulan los contratos laborales de los trabajadores, que desde la creación de la Empresa Colombiana de Petróleos, hoy Ecopetrol S.A., por expresa disposición legal contenida en el artículo 1° del Decreto 2027 de 1951, las relaciones de trabajo de estos se han regido por las normas contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo, condición ésta que se ha mantenido a través del tiempo y que fue reiterada en el artículo 7° de la Ley 1118 de 2006¹³.

Y ello ha ocurrido sin perjuicio de los cambios de naturaleza jurídica que ha tenido la compañía, esto es, la transición que tuvo de empresa industrial y comercial del estado a sociedad de economía mixta, desarrollando desde aquel entonces actividades industriales y comerciales propias de la industria de los hidrocarburos.

Así las cosas, las normas de desvinculación de los trabajadores de Ecopetrol S.A. resultan ser aquellas aplicables a los trabajadores particulares que no desempeñan funciones públicas, y no las que regulan la función pública, debiendo precisar, además, que los trabajadores de dicha empresa no ocupan un empleo público en los términos de la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015 y tampoco les resultan aplicables las disposiciones legales previstas para la Rama Ejecutiva del Poder Público, tales como, los Decretos Ley 2400 y 3074 de 1968, cuyos artículos 31 y 29 fueron derogados por la Ley 1821 de 2016.

Bajo las consideraciones anteriores, se encuentra, en síntesis, que de manera particular y de conformidad con lo previsto en el Decreto 2027 de 1951, el Decreto Ley 1760 de 2003 y la Ley 1118 de 2006: (i) a Ecopetrol S.A. no le resultan aplicables las normas previstas para la Rama Ejecutiva, ni particularmente los artículos 31 y 29 de los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, normas que fueron derogadas y sustituidas por la mencionada Ley 1821; (ii) los trabajadores de Ecopetrol S.A. tienen la condición de servidores públicos, bajo la categoría especial otorgada por el legislador de "trabajadores particulares"; (iii) los contratos laborales de la Empresa se rigen por el derecho privado contenido en el Código Sustantivo del Trabajo, la convención colectiva de trabajo y el Acuerdo 01 de 1977 y (iv) ninguna de las normas que regulan el régimen laboral de los trabajadores de Ecopetrol S.A. establece una edad de retiro forzoso.

En consecuencia y atendiendo además los criterios señalados por esa Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto del pasado nueve (9) de agosto de 2021 frente a la aplicación de la edad de retiro forzoso a servidores con similares condiciones¹⁴, a los trabajadores de Ecopetrol S.A., quienes según la ley y la jurisprudencia NO ejercen funciones públicas, NO les sería aplicable la edad de retiro forzoso de los 70 años y, por ende, serán beneficiarios del

¹³ "ARTÍCULO 7. RÉGIMEN LABORAL. Una vez ocurra el cambio de naturaleza jurídica de Ecopetrol S. A., la totalidad de los servidores públicos de Ecopetrol S. A. tendrán el carácter de trabajadores particulares y, por ende, a los contratos individuales de trabajo continuarán aplicándose las disposiciones contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo, en la Convención Colectiva de Trabajo y en el Acuerdo 01 de 1977, según sea el caso, con las modificaciones y adiciones que se presenten."

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Número Único: 11001-03-06-000-00052-00. Radicación Interna: 2466.



reconocimiento de pensión de vejez al cumplir 57 años las mujeres y 62 años los hombres, sin limitación de la facultad del empleador de alegar la justa causa de terminación del contrato de trabajo prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 y, por lo tanto, sin que puedan acogerse a la opción voluntaria prevista en el artículo 2º de la Ley 1821 de 2016 de permanecer en sus cargos hasta la edad allí prevista.

IV. DE LA FACULTAD DE DAR POR TERMINADO EL CONTRATO DE TRABAJO CUANDO SEA RECONOCIDA LA PENSION DE VEJEZ EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON SOLIDARIDAD

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, establece en su párrafo 3º como justa causa para la terminación del contrato de trabajo la 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.

Transcurridos treinta (30) días después que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquél.

Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones."

Esta facultad ha sido objeto de análisis constitucional y múltiples pronunciamientos jurisprudenciales, según los cuales esta disposición se ajusta a los mandatos constitucionales que tienen como propósito el derecho al trabajo, tales como los previstos 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"* y, el segundo, aquel que impone al Estado, como director general de la economía, intervenir, de manera especial, para dar "pleno empleo" a los recursos humanos (art. 334 C.P.)¹⁵.

En tal sentido, han señalado las altas Corporaciones que la regulación establecida en el párrafo 3º del artículo 9º de Ley 797 de 2003, al establecer una causal de terminación de la relación laboral, tiene amparo constitucional en la medida en que resulta objetivo y razonable que se prevea la terminación de la relación laboral de un trabajador con carácter particular que

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-1037 de 2003.



haya prestado sus servicios personales durante el tiempo necesario para acceder a una pensión, cuando la disminución de su producción laboral es evidente, creando correlativamente la oportunidad a la población joven o en curso de su vida profesional de obtener nuevas fuentes de empleos¹⁶. Empero, considera la Corte Constitucional que solamente resulta procedente la terminación del contrato o relación laboral cuando el extrabajador sea incluido en la nómina de pensionados de la respectiva administradora.

En consonancia con las disposiciones bajo estudio, cuando un servidor público que no ejerce funciones públicas no solicite el reconocimiento pensional dentro de los treinta (30) días siguientes al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez a cargo del Sistema General de Pensiones, el empleador podrá solicitar su reconocimiento en nombre de aquel y dar por terminado el contrato de trabajo cuando sea reconocida la pensión por parte de la administradora de pensiones y se produzca su incorporación a la nómina de pensionados (Decreto 1833 de 2016, Arts. 2.2.8.6.1 y ss.).

La interpretación legal según la cual los trabajadores de Ecopetrol S.A., al no ejercer funciones públicas, se pensionan bajo la regla general del resto de trabajadores vinculados al régimen de prima media, es decir, 57 años las mujeres y 62 años los hombres, fue compartida por Colpensiones históricamente, incluso con posterioridad a la expedición de la Ley 1821 de 2016.

Sin embargo, se ha previsto con Colpensiones esta consulta, dado que la Oficina Asesora de Asuntos Legales de dicha entidad, mediante concepto BZ 2020_983092 del 23 de enero de 2020, consideró que las previsiones contenidas en la Ley 1821 de 2016 resultan aplicables a los trabajadores de Ecopetrol S.A., interpretando para ello el concepto que fuera emitido por esa alta Corporación el 2 de abril de 2018¹⁷, orientando de esta forma algunas de las decisiones que se han proferido dentro de los procedimientos administrativos de reconocimiento pensional que se adelantan ante dicha administradora de pensiones. En consecuencia, no ha procedido con la inclusión en nómina de los trabajadores de Ecopetrol S.A. a quienes, habiendo cumplido los requisitos legales, les ha sido reconocida la respectiva pensión de vejez y no han allegado al expediente la manifestación de voluntad de no hacer uso de la posibilidad establecida en el artículo 2º de la Ley 1821 de 2016.

Lo anterior, al considerar que la Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto de 2 de abril de 2018¹⁸ mencionado, cuando se refirió a la posibilidad de terminar con justa causa un contrato laboral con ocasión de la obtención de una pensión convencional en el régimen laboral de Ecopetrol S.A., señaló que esta posibilidad era admisible en nuestro ordenamiento: "(...) sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 1821 de 2016 que aumentó la edad de retiro forzoso a

¹⁶ Gaceta del Congreso No. 579 del 10 de diciembre de 2002. Ponencia para Segundo Debate al Proyecto de Ley No. 057 de 2002 Senado y No. 056 de 2002 Cámara, Representante a la Cámara Carlos Ignacio Cuervo Valencia. También ver Gacetas del Congreso números 325, 350, 508, 533, 616 y 617 de 2002. Sentencias C-1037/2003, CSJ SL2509-2017 y SL10770-2017.

¹⁷ Expediente 11001-03-06-000-2017-00195-00 (2361).

¹⁸ Expediente 2361



70 años y permitió a quienes accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas permanecer voluntariamente en sus cargos o en el ejercicio de dichas funciones”.

De lo anterior entiende Colpensiones que el máximo juez administrativo está reconociendo que las normas de retiro forzoso son aplicables a los trabajadores de Ecopetrol S.A., a tal punto que elementos característicos del régimen de derecho común como la obtención de derechos por negociación colectiva se encuentran supeditados al cumplimiento de reglas propias de la administración. Por ello, entiende dicha Administradora que cuando en el artículo 1º de la Ley 1821 de 2016 califica como destinatarios de la norma a las “personas que desempeñen funciones públicas”, bajo el concepto amplio de función pública, se está refiriendo *“al conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines”*¹⁹.

La posición de Colpensiones se resume en que los trabajadores de Ecopetrol S.A. cumplirían con el supuesto de hecho descrito en la Ley 1821 de 2016, en razón a que dicha compañía hace parte de una de las ramas del poder público y las actividades de las empresas de economía mixta hacen parte del concepto amplio de función pública.

Esta práctica ha generado como consecuencia que al finalizar el año 2020, a noventa (90) trabajadores de Ecopetrol S.A. que han cumplido y cumplen requisitos de pensión, no se les pueda desvincular de manera unilateral y por justa causa con ocasión del reconocimiento pensional y que para el año 2025 se genere un universo de 581 trabajadores cuyo retiro, aun reuniendo los requisitos para acceder a la pensión de vejez, dependería de la voluntad del trabajador amparada en la posibilidad que consagra el artículo 2º de la citada Ley 1821 de 2016.

Para finalizar, se pone de presente que la Corte Constitucional ha señalado que la edad de retiro forzoso pretende, entre otras, 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 en las instituciones²⁰. No obstante, tratándose de actividades industriales y comerciales como las que desarrolla Ecopetrol S.A., que se realizan en condiciones de mercado y, por lo tanto, ameritan competitividad de su recurso humano para llevar a cabo de la manera más efectiva, eficiente y segura su objeto social, no es menos cierto que se requiere de la aplicación de las herramientas de carácter laboral en igualdad de condiciones a las del sector privado.

Al respecto, resulta necesario considerar, además, que las actividades industriales que guardan relación primordialmente con el desarrollo del objeto social, tales como aquellas tendientes a la exploración, explotación, refinación, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de hidrocarburos, sus derivados y productos, imponen la obligación de establecer y cumplir

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-563 de 1998.

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-084 de 2018



parámetros de seguridad y salud en el trabajo más estrictos, que mitiguen riesgos operacionales y de HSE²¹, dentro de los cuales las condiciones físicas en razón de la edad juegan un rol primordial.

Adicionalmente, contingencias relacionadas con situaciones económicas de mercado adversas que particularmente se presentan en la industria de los hidrocarburos, tal y como aquellas derivadas de la caída de los precios del petróleo, conllevan también la necesidad de adoptar medidas de austeridad que, en algunas oportunidades, comportan la reducción incluso del gasto laboral y, en consecuencia, la implementación de ajustes en la planta de personal.

Lo anterior, hace necesario que periódicamente la compañía revise la planificación de su talento humano para el logro de los objetivos de su estrategia de negocio y se vea en la necesidad de hacer uso de los distintos mecanismos previstos en la legislación laboral vigente para movilizar su planta de personal y llevar a cabo, entre otros, el relevo generacional, empleando todos los mecanismos legales disponibles, en particular, aquellos que tienen menos impactos, como el ejercicio de la facultad de terminar la relación laboral cuando sea reconocida o notificada la pensión de vejez y su ingreso a la nómina de pensionados, así como la facultad para solicitar el reconocimiento de la misma a nombre del empleado.

V. PLANTEAMIENTO DE LA CONSULTA

Con fundamento en lo señalado, el problema jurídico objeto de consulta apunta a determinar si la edad máxima de 70 años para el retiro del cargo, establecida en la Ley 1821 de 2016, resulta o no aplicable a los trabajadores de Ecopetrol S.A., servidores públicos con carácter de trabajadores particulares de una sociedad de economía mixta, con participación estatal inferior al 90%, cuyo régimen laboral es aquel contenido en el Código Sustantivo del Trabajo, la convención colectiva de trabajo y el Acuerdo 01 de 1977 -disposiciones que no establecen una edad de retiro forzoso- y que en desarrollo del objeto social de la compañía no desempeñan funciones públicas sino aquellas de naturaleza industrial y comercial, reguladas por el derecho privado por expresa disposición legal.

Lo anterior, con las implicaciones que ello conlleva frente al ejercicio de la facultad por parte del empleador de solicitar el reconocimiento pensional en nombre de sus trabajadores, si estos no lo hicieron dentro del plazo que contempla el párrafo 3º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, y, con ocasión de ello, terminar de manera unilateral y por justa causa la relación laboral cuando sea reconocida o notificada la pensión y el ingreso a la nómina de pensionados.

²¹ Salud, seguridad y medio ambiente.



VI. CONSULTA

¿Resulta aplicable la edad máxima de 70 años para el retiro del cargo establecida en la Ley 1821 de 2016 a los trabajadores de Ecopetrol S.A.?

De conformidad con lo expuesto, se presenta la solicitud de concepto a esa alta Corporación, en los términos relacionados al inicio de la presente comunicación.

Cualquier información que sobre el particular se requiera estaremos atentos a suministrarla.

De la H. Señora Presidente y de los H. Consejeros con toda consideración.

Cordialmente,

NERIO JOSE ALVIS BARRANCO

Director

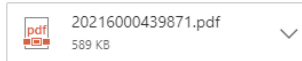
12602.8.4

Proyectó: Sara Paola Orozco Ovalle

Revisó: Armando López Cortés

Respuesta al Rad 20216000439871

E eva
Mar 14/12/2021 15:14
Para: rsolozanoh@consejodeestado.gov.co



Cordial saludo:

Nos permitimos enviar en archivo adjunto número 20216000439871, la respuesta a su petición.

Cordialmente,

eva@funcionpublica.gov.co

+57 (1) 7 39 56 56

+57 (1) Fax 7 39 56 57

Carrera 6 No. 12-62, Bogotá, D.C

Código Postal 111711

No imprima este e-mail si no es absolutamente necesario. Please verde. Please don't print this e-mail unless you really need to. Think green.

Confidencial - La información contenida en este mensaje es confidencial y tiene como único destinatario la persona a quien está dirigida. Si usted ha recibido este mensaje por error, le rogamos que borre de su sistema inmediatamente el mensaje, así como todas sus copias, destruya todas las copias del mismo en su disco duro y notifique al remitente. Confidential - The content of this message is confidential, and is for the exclusive use of the person or persons to which it is addressed. If you receive this message in error, please immediately delete it and all copies of it from your system, destroy any hard copies of it and notify the sender.

[Responder](#) | [Reenviar](#)

Respuesta al Rad 20216000439871

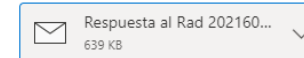
2

Parte del contenido de este mensaje se ha bloqueado porque el remitente no está en la lista de remitentes seguros.
[Confío en el contenido de postmaster@cendoj.ramajudicial.gov.co.](#) | [Mostrar contenido bloqueado](#)

Para volver a enviar este mensaje, [haga clic aquí](#).

P postmaster@cendoj.ramajudicial.gov.co
Mar 14/12/2021 15:14

Para: postmaster@cendoj.ramajudicial.gov.co



No se pudo entregar el mensaje a rsolozanoh@consejodeestado.gov.co.

No se encontró [rsolozanoh](mailto:rsolozanoh@consejodeestado.gov.co) en consejodeestado.gov.co.

eva	Office 365	rsolozanoh
Acción necesaria		Destinatario
Dirección Para desconocida		

Solución

La dirección puede estar mal escrita o no existir. Pruebe una o varias de las acciones siguientes:

- Envíe el mensaje otra vez siguiendo estos pasos: en Outlook, abra este informe de no entrega (NDR) y elija **Enviar de nuevo** en la cinta de opciones Informe. En Outlook en la web, seleccione este NDR y luego elija el vínculo "**Haga clic aquí para enviar este mensaje otra vez.**". Después, elimine y vuelva a escribir la dirección completa del destinatario. Si se le ofrece una sugerencia de la lista de Autocompletar, no la seleccione. Después de escribir