



# Concepto 359951 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20206000359951\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000359951

Fecha: 03/08/2020 05:22:42 p.m.

REFERENCIA: RETIRO DEL SERVICIO - Edad de retiro Forzoso - Empleada que cumplió 70 años - RAD. 20209000321012 del 21 de julio de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual pone de presente que la Casa de la Cultura Jorge Eliécer Gaitán cuenta con una funcionaria que se desempeña como Auxiliar de Servicios Generales, mediante nombramiento provisional y quien cumplió el pasado 31 de mayo de 2020 la edad de retiro forzoso (70 años); que la entidad realizó solicitud al fondo de pensiones Porvenir para obtener información acerca de la situación pensional de la empleada, y que en respuesta a ello se les indicó que la servidora pública cuenta con 732 semanas cotizadas, “y que para la entidad no es posible suministrar más información, motivo por el cual se manifiesta en el oficio que es la funcionaria la que debe acercarse a la entidad a realizar cualquier trámite o despejar cualquier duda respecto a su proceso pensional”; en tal sentido consulta, cómo se debe proceder para el retiro de la servidora, teniendo en cuenta que ya cumplió los 70 años de edad, pero no tienen la certeza de su estado pensional y qué tramites se debe adelantar por parte de la entidad para la materialización del retiro de la servidora. Al respecto, me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016<sup>1</sup>, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado ni de los servidores públicos, competencia atribuida a los jueces de la república.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto, es importante indicar que, en cuanto a la causal de retiro del servicio por obtener la pensión y los trámites para su reconocimiento, La Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, modificada por la Ley 797 de 2003, señaló:

**ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ.** <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

**ARTÍCULO 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez.** Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

(...)"

PARÁGRAFO 3o. <Parágrafo **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE**> 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 de 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 aquel.

Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones. (...)" (Destacado fuera del texto)

"ARTÍCULO 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado." (Subrayas y negrilla fuera del texto)

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, para tener derecho a la pensión de vejez una mujer debe haber cumplido la edad de 57 años y haber cotizado mínimo 1.300 semanas. Por su parte indica el artículo 37 de la mencionada ley que si habiendo cumplido la edad de pensión, la persona no haya cotizado el mínimo de semanas exigidas y declare su imposibilidad de seguir cotizando, tendrá derecho a recibir indemnización sustitutiva de la pensión.

Ahora bien, la Ley 909 de 2004 "por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones", dispone frente a las causales de retiro del servicio lo siguiente:

«ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

"(...)"

g) Por edad de retiro forzoso; [...]» (Subrayado fuera de texto)

En igual sentido, el Decreto 1083 de 2015 «por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública»,

"ARTÍCULO 2.2.11.1.1 Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de funciones públicas y se produce por:

6) Edad de retiro forzoso.

(...)"

Sobre la edad de retiro forzoso, a partir del 30 de diciembre de 2016 entró en vigencia la Ley 1821 de 2016<sup>2</sup>, la cual dispone:

«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.

(...)

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 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.» (Destacado nuestro)

Así mismo, el mencionado Decreto 1083 de 2015, establece:

«ARTÍCULO 2.2.11.1.7 Edad de retiro forzoso. A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, la edad de setenta (70) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo las excepciones señaladas en el artículo 2.2.11.1.5.

(...)» (Destacado fuera del texto)

De acuerdo a lo anteriormente indicado, la ley 1821 de 2016 amplió de 65 a 70 años la edad máxima para desempeñar funciones públicas en el Estado, a los servidores públicos que prestan sus servicios en las ramas del poder público, órganos autónomos e independientes, órganos de control, entidades o agencias públicas y a los particulares que cumplen funciones públicas, con excepción de los funcionarios de elección popular y los mencionados en el artículo 1º del Decreto ley 3074 de 1968.

Sobre el tema que nos ocupa, la Corte Constitucional, en Sentencia C-563 de 1997, Magistrado Ponente, Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, preceptuó:

“El cumplimiento de la edad de retiro forzoso como causal para desvincular a un servidor público de su cargo se encuentra directamente consagrada por el Estatuto Superior para el caso de los magistrados de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (C.P., artículo 233). De otra parte, el personal civil al servicio de la rama ejecutiva del poder público (Decreto 2400 de 1968, artículo 1º) deberá ser retirado del servicio, sin posibilidad de reintegro, al cumplir los sesenta y cinco años de edad, según lo dispone el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968. (...)

“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).”

En igual sentido, la Sección Primera del Consejo de Estado mediante Sentencia 00554 del 14 de abril de 2016<sup>3</sup>, con consejera ponente: María Elizabeth García González, sobre un tema similar, dispuso:

“La futura desvinculación de su cargo no es producto de actuación alguna de la Sala Plena del Consejo de Estado, pues se trata de un simple trámite en cumplimiento de una disposición legal, en este caso, la Ley 270 de 1996 y el Decreto 1660 de 1978, por lo tanto no es una decisión que esté al libre arbitrio de los Magistrados, sino una obligación legal que no puede ser desconocida o modulada por las situaciones particulares de quien la soporta.

La decisión de retirar a un Magistrado de un Tribunal Administrativo porque ha cumplido 65 años de edad, no se produce por la interpretación judicial autónoma de los Consejeros de Estado, sino por la aplicación estricta de unas normas que consagran los límites temporales para el ejercicio de dichas magistraturas, las cuales no consagran excepción alguna.

(...)

Es evidente que la Sala Plena del Consejo de Estado una vez finalizados los 6 meses de gracia que la Ley le otorga a los Magistrados de Tribunal, luego de cumplida la edad de retiro forzoso, no puede hacer cosa distinta que notificar la desvinculación y llenar temporal o definitivamente la respectiva vacante, pues así se lo ordena la Ley.

Para esta Sala, no es posible que la Corporación pueda apartarse de la legislación vigente y mantener indefinidamente en el cargo a todo Magistrado que llegada la fecha de su retiro forzoso no tenga reconocida su pensión por inconvenientes documentales o por problemas de trámite con los respectivos fondos privados o públicos competentes para ello, pues dicho actuar podría acarrear consecuencias disciplinarias debido al incumplimiento injustificado de una norma claramente establecida, al igual que una posible conculcación del derecho fundamental a la igualdad de todos aquellos funcionarios que estaban en las mismas circunstancias del actor y a quienes sí se les retiró del servicio público cuando se les cumplió la prórroga de los 6 meses, consagrada en el artículo 130 del Decreto 1660 de 1978. (Destacado fuera del texto)

De acuerdo a las jurisprudencias anteriores, el cumplimiento de la edad de retiro forzoso como causal para desvincular a un servidor público de su cargo obedece a un simple trámite en cumplimiento de una disposición legal, obligación legal que no puede ser desconocida o modulada por las situaciones particulares de quien la soporta.

Ahora bien, como en el presente caso se trata de un empleado con nombramiento provisional, el Decreto 1083 de 2015 respecto al retiro de estos servidores, establece:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.4. Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados”. (Destacado nuestro)

-

De acuerdo con la normativa transcrita, se tiene que el retiro de un empleado nombrado en provisionalidad deberá efectuarse mediante acto administrativo motivado.

En consecuencia, para responder el objeto de su consulta se tiene entonces que, la administración tiene la obligación de realizar la desvinculación de los servidores públicos cuando han llegado a la edad de retiro forzoso, esto es los 70 años de edad, independientemente si éstos han alcanzado o no la totalidad de las semanas exigidas para adquirir el derecho a la pensión de vejez. Apartarse de la legislación vigente sobre edad de retiro forzoso, podría acarrear consecuencias disciplinarias y responsabilidad fiscal debido al incumplimiento injustificado de una norma claramente establecida.

Por último, se recuerda que, las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas y declaren su imposibilidad de seguir cotizando, deberán ser retirados del servicio y tendrán derecho al beneficio de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en los términos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: A. Ramos

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública
2. "Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas"
3. Rad. No.: 11001-03-15-000-2016-00554-00(AC)

---

*Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:14:20*