



Concepto 075491 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000075491

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000075491

Fecha: 03/03/2021 05:27:53 p.m.

Bogotá D.C

REFERENCIA: RETIRO DEL SERVICIO-Edad de retiro forzoso. Radicación No. 20212060091152 de fecha 19 de Febrero de 2021.

En atención al escrito de la referencia, mediante el cual realiza las siguientes consultas

- “1) El funcionario público al cumplir 70 años se encuentra inhabilitado para continuar ejerciendo el cargo?

- 2) El funcionario público que no ha cumplido los requisitos para el reconocimiento de la pensión, es viable proceder a su retiro? en caso positivo, ¿cuál sería el procedimiento para evitar el reintegro por acción de tutela por haber afectar el mínimo vital? en el caso que respuesta sea negativa, entonces ¿cómo lograr el retiro dichos funcionarios, a sabiendas de tener 70, 71 72 años, les falta 3, 4, 5 y más años para pensión?

- 3) El funcionario público que tenga el interés de acogerse a la edad de 70 años, debe manifestarlo por escrito? ¿sí es obligación hacerlo por escrito, en qué momento lo debe presentar? en caso de no haber presentado escrito, en el caso que la respuesta sea afirmativa, ¿cuál es el procedimiento a seguir?

- 4) ¿El funcionario público a quien se le haya reconocido pensión de vejez y haya manifestado su interés de seguir laborando hasta los 70 años, es obligación permitir que continúe? ¿Cuándo no es obligación dejarlo continuar? qué condiciones se debe cumplir?

- 5) el funcionario que continúe hasta los 70 años, está en la obligación de seguir aportando a la seguridad social en salud, pensión y riesgos? En el caso de quienes ya tiene reconocida pensión, igual, ¿tienen la obligación de hacerlo? en estos casos, ¿igual el ente nominador debe hacerlo en la cuota que le corresponde?

- 6) La respuesta que se emita, igual es aplicable al personal docente oficial?, ¿es decir, los del régimen de los Decretos Leyes [227](#) de 1979 y [1278](#) de 2002?

7) El funcionario público que haya cumplido 65 años de edad antes de la vigencia de la Ley 1821 de 2016, y se encuentre dentro del régimen de los artículos 36 de la Ley 100 de 1993, debe continuar vinculado hasta los 70 años, ¿en aplicación del artículo 150 de la Ley 100 de 1993?”

Me permito manifestarle lo siguiente:

Me permito darle respuesta en los siguientes términos, teniendo en cuenta que este Departamento Administrativo de conformidad con el Decreto 430 de 2016 tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación. Por esta razón, no es de nuestra competencia intervenir en situaciones internas de las entidades, actuar como ente de control, investigación, o seguimiento, ni señalar los procedimientos o las implicaciones legales derivadas de sus actuaciones.

Ahora bien, a manera de orientación a partir del 30 de diciembre de 2016 entró en vigencia la Ley 1821 de 2016¹, la cual señala:

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

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

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

En consecuencia, esta Ley amplía 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 Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto ley 3074 de 1968.

De igual forma, el Decreto 1083 de 2015², 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.

Las personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 tuvieran 65 años o más y continúan vinculadas al servicio público, deberán ser retiradas del servicio. Lo anterior, por cuanto no son destinatarias de la regulación de que trata la citada ley.”

De lo anterior se puede concluir que las personas que antes de la entrada en vigencia de la ley 1821 de 2016, citada en precedencia, tenían 65 años o más y continúen vinculadas, deben ser retiradas del servicio.

De manera complementaria, se tiene que el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del 8 de febrero de 2017, radicado número 2326, señaló lo siguiente:

“Como se observa, esta parte de la norma, a pesar de las deficiencias que presenta en su redacción, contiene un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. El supuesto de hecho consiste en que una persona, a la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, “acceda” al ejercicio de funciones públicas o se encuentre ejerciéndolas y haya cumplido o cumpla los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación. La consecuencia jurídica, por su parte, consiste en que tal persona puede permanecer en el ejercicio de su cargo o de las funciones respectivas, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social. Aunque la norma no dice explícitamente hasta cuándo podría permanecer aquella persona en su cargo o en el ejercicio de las funciones que ejerce, la integración de esta disposición con el artículo 1° de la misma ley, permite deducir, sin mayores esfuerzos, que puede hacerlo hasta llegar a la edad de retiro forzoso que la Ley 1821 establece (70 años).

Este entendimiento de la norma resulta confirmado especialmente por lo dispuesto en la última parte del artículo y en los respectivos antecedentes legislativos.

En efecto, la parte final del artículo estatuye: “A las personas que se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo, en los términos de la presente ley, no les será aplicable lo dispuesto en el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003”.

[...]

Merece la pena aclarar que la Ley 1821 no modificó ni suprimió la referida disposición de la Ley 100 de 1993, pues el cumplimiento de los requisitos para adquirir la pensión de jubilación en el régimen de prima media y la inclusión del empleado en la nómina de pensionados, siguen constituyendo justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal y reglamentaria, según el caso, para los trabajadores particulares y para aquellos servidores públicos que no “se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo” (por ejemplo si un servidor público, después de reconocida la pensión y de ser incluido en nómina de pensionados, no manifiesta su deseo de permanecer en el cargo que ocupa y, en consecuencia, que se le postergue el pago de la respectiva pensión).

[...]

En este sentido, la “opción voluntaria de permanecer en el cargo” a que se refieren el artículo 2° de la Ley 1821 de 2016, no es otra que la posibilidad de mantenerse en el empleo o en el ejercicio de las funciones públicas que se ejerzan hasta cumplir la edad de retiro forzoso, a pesar de haber completado los requisitos para pensionarse, en lugar de retirarse para disfrutar de la pensión de jubilación. Así quedó consignado, además, en los antecedentes legislativos de la norma, tal como se explicó en el aparte B) de este concepto. (Subrayado nuestro)

En relación con los empleados que quieren continuar ejerciendo funciones a pesar de haber cumplido con la edad de 65 años antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, el mismo concepto señala:

“Así, el cumplimiento de la edad prevista en la ley, para los servidores públicos o los particulares sujetos a dicha causal de retiro, constituye una situación jurídica consolidada, en el sentido de que, a partir de ese momento, se genera para la persona el deber de retirarse del cargo o de cesar en el ejercicio de las funciones públicas, y para la administración, el deber de retirarlo, si dicha persona no lo hace voluntariamente.

Podría pensarse que la situación jurídica descrita no está consolidada mientras la persona concernida no se haya retirado efectivamente del cargo ni cesado efectivamente en sus funciones. Sin embargo, a juicio de la Sala, esta interpretación resulta equivocada, desde un punto de

vista conceptual, pues no debe olvidarse que una cosa son las situaciones jurídicas, que se clasifican en hechos jurídicos y actos jurídicos, y otra son las situaciones de hecho o los simples acontecimientos.

Por lo tanto, el efecto general inmediato de la Ley 1821 de 2016 excluye cualquier interpretación con efectos retroactivos.”

De acuerdo a lo anteriormente anotado, en criterio de esta Dirección Jurídica, quienes a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas podrán permanecer voluntariamente en sus cargos hasta llegar a la edad de retiro forzoso, es decir, hasta los 70 años, bajo la única obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social.

Consonante con lo anterior, quienes hubieren cumplido la edad de 65 años antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 (30 de diciembre de 2016) y aún continúen en ejercicio de sus funciones por necesidad del servicio o su retiro no se haya efectuado por algún motivo, no pueden permanecer voluntariamente en sus cargos hasta los 70 años de edad, y la administración debe proceder a su retiro, de igual forma frente a quienes con posterioridad a la ley en mención, llegaren a la edad de 70 años y se encuentren vinculados al servicio.

En efecto, conforme a lo normativa que se ha dejado anunciada, el servidor público que ha cumplido la edad de 70 años, se encuentra inhabilitado para seguir trabajando en una entidad pública o vincularse como servidor público, excepto los casos permitidos por la Ley.

En cuanto al retiro de los servidores públicos que cumplieron la edad de retiro forzoso y les falta un tiempo considerable para llenar el requisito de las semanas cotizadas exigidas para tener el derecho a la pensión de vejez 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.

Sin embargo, corresponde a la administración en cada caso concreto y particular valorar las condiciones particulares del trabajador, toda vez que aquellos servidores que cumplieron la edad de retiro forzoso y les falta un tiempo “relativamente corto” para cumplir el requisito de las semanas exigidas en la ley para tener derecho a la pensión de jubilación, o los que están adelantando los trámites para que se les incluya en nómina de pensionados, la Administración “podrá” permitirles continuar laborando, por cuanto a éstas personas se les dificulta emplearse a su edad en otras entidades públicas o privadas, lo cual les impediría seguir cotizando y percibir ingresos durante este tiempo.

Por otra parte atendiendo la naturaleza especial de los docentes y directivos docentes, el Decreto Ley 2277 de 1979 en su artículo 3° establece que los educadores tienen el carácter de servidores públicos, mientras que el Decreto Ley 1278 de 2002 en el artículo 4° indica que las personas que ejercen la función docente se denominan genéricamente educadores, y son docentes y directivos docentes.

Adicionalmente, el artículo 28 del Decreto Ley 2277 de 1979 sobre la estabilidad de los educadores, establece:

“ARTÍCULO 28. Estabilidad. El educador escalafonado al servicio oficial no podrá ser suspendido o destituido del cargo, sin antes haber sido suspendido o excluido del escalafón. Ningún educador podrá ser reemplazado, suspendido o excluido del escalafón sino por ineficiencia profesional o mala conducta comprobada, en los términos establecidos en el capítulo V. Constituyen excepción a esta norma general los casos contemplados en los artículos 29 y 30 del presente estatuto”.

A lo anterior, el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado 304 de 1989, determina que: «(...) 4°. De las normas mencionadas se deduce que la ley prescribe una especial estabilidad laboral a los docentes escalafonados y para ello les reconoció el derecho a permanecer en sus cargos mientras fueren excluidos del escalafón por las causales expresamente contempladas por la ley, debidamente comprobadas, o por haber llegado a la edad de retiro forzoso.

(...).».

El literal c), artículo 37 del Decreto Ley 1278 de 2002 establece como uno de los derechos de los docentes y directivos docentes al servicio del Estado a: «c) Permanecer en los cargos y funciones mientras su trabajo y conducta sean enteramente satisfactorios y realizados conforme a las normas vigentes, no hayan llegado a la edad de retiro forzoso o no se den las demás circunstancias previstas en la ley y en este decreto». Situación que es reiterada por el artículo 31 ibidem respecto a la permanencia del docente en el servicio hasta la edad de retiro forzoso.

En este orden de ideas, dada la naturaleza de servidores públicos de los docentes y directivos docentes, el Gobierno Nacional elevó consulta ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado relacionada con el alcance de las disposiciones de la Ley 1821 de 2016, el cual, indicó que, la citada ley es aplicable a servidores públicos y a particulares que cumplan funciones públicas siempre que, estuvieran sujetos a esta modalidad de retiro.

En consecuencia, y dado que la Ley 1821 de 2016 es extensiva a los servidores públicos sujetos a la modalidad de edad de retiro forzoso, se considera procedente tener como edad de retiro forzoso de los docentes y directivos docentes, regidos por el Decreto Ley 2277 de 1979 y el Decreto Ley 1278 de 2002, hasta los 70 años de edad.

Del análisis realizado anteriormente esta Dirección Jurídica pasara a resolver cada uno de sus interrogantes:

Aquel servidor público que ha cumplido la edad de 70 años, se encuentra inhabilitado para seguir trabajando en una entidad pública o vincularse como servidor público, excepto los casos permitidos por la Ley.

Los servidores públicos que cumplieron la edad de retiro forzoso y les falta un tiempo considerable para llenar el requisito de las semanas cotizadas exigidas para tener el derecho a la pensión de vejez 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.

Si el empleado desea continuar en ejercicio de sus funciones, deberá comunicar por escrito a la administración su voluntad de permanecer en el ejercicio de su cargo al momento de cumplir los 65 años. En caso de no manifestarse, no pueden permanecer voluntariamente en sus cargos hasta los 70 años de edad, y la administración debe proceder a su retiro.

Con la Ley 1821 de 2016 el empleado público que tenga todos los requisitos para obtener pensión de vejez manifiesta su intención de seguir hasta la edad de los 70 años será obligación de la entidad permitir que siga prestando el servicio.

El empleado público que cumpla con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, podrá permanecer voluntariamente en los mismos, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social, a quienes, no les será aplicable lo dispuesto en el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

La Ley 1821 de 2016 es extensiva a los servidores públicos sujetos a la modalidad de edad de retiro forzoso, por lo que se considera procedente tener como edad de retiro forzoso de los docentes y directivos docentes, regidos por el Decreto Ley 2277 de 1979 y el Decreto Ley 1278 de 2002 la edad de 70 años.

Quienes hubieren cumplido la edad de 65 años antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 (30 de diciembre de 2016) no les será aplicable la edad de 70 años como retiro forzoso.

Finalmente, me permito indicarle que para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link "Gestor Normativo" donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Christian Ayala

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando Lopez Cortes.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:27:40