



Concepto 125831 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000125831

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000125831

Fecha: 12/04/2021 12:03:54 p.m.

Bogotá

REF. EMPLEOS - RETIRO DEL SERVICIO. ¿Resulta viable que a un empleado con derechos de carrera administrativa y con los requisitos de pensión cumplidos, unilateralmente la entidad adelante el trámite para su pensión, toda vez que el empleado no ha llegado a la edad de retiro forzoso y no quiere retirarse? Radicado: 20212060176052 del 06 de abril de 2021.

En atención a su interrogante contenido en el oficio de la referencia, relacionado con la viabilidad de que a un empleado con derechos de carrera administrativa y con los requisitos de pensión cumplidos, unilateralmente la entidad le adelante el trámite para su pensión, toda vez que el empleado no ha llegado a la edad de retiro forzoso y no quiere retirarse, me permito manifestarle lo siguiente:

En primer lugar, es necesario resaltar que la edad de retiro forzoso para los servidores públicos se encontraba consagrada en el Decreto ley 2400 de 1968 y correspondía a 65 años. Esta norma fue modificada por la Ley 1821 de 2016, "Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas", así:

"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 1º del Decreto-ley 3074 de 1968. (Negrilla y subraya nuestra)

La norma transcrita dispuso que la edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de 70 años, salvo para los funcionarios de elección popular y los mencionados en el Artículo 1º del Decreto ley 3074 de 1968.

El Artículo 4º de la Ley 1821 de 2016, dispuso que a partir de su publicación, deroga las disposiciones que le son contrarias, en especial las contenidas en el Decreto ley 2400 de 1968 (Artículo 31), 3074 de 1968 (Artículo 29), y en los Decretos 1950 de 1973, 3047 de 1989 y 1069 de 2015 (Artículos 2.2.6.1.5.3.13 y numeral 4 del Artículo 2.2.6.3.2.3).

Ello significa que la edad de retiro forzoso de 70 años señalada en la Ley 1821 de 2016 rige a partir del 30 de diciembre de 2016.

Por su parte, el Artículo 2º de la mencionada Ley, establece:

“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”.

Ahora bien, el parágrafo 3° del Artículo 9° de la Ley 797 de 2003, consagra:

“PARÁGRAFO 3o. 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”.

Debe destacarse que el Artículo 2° de la Ley 1821 de 2016 no modifica la legislación sobre el acceso a la pensión de jubilación y prescribe que quienes a partir de la entrada en vigencia de la misma se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo, no les será aplicable lo dispuesto en el parágrafo 3° del Artículo 9° de la Ley 797 de 2003, es decir, la norma lo que modifica es la justa causa para la terminación laboral contractual y legal y reglamentaria, permitiendo que quienes tengan los requisitos para acceder a la pensión pueda permanecer voluntariamente en el cargo, siempre que cotice a la seguridad social.

Así mismo, debe tenerse en cuenta lo establecido en la sentencia de casación laboral SL700-2018, en la que estableció lo siguiente:

“no es posible confundir la edad de retiro forzoso como causal para la terminación del vínculo laboral de trabajadores oficiales y empleados públicos, en cuanto constituye una medida idónea para la redistribución y renovación del personal al servicio del estado, que se concreta exclusivamente con la llegada a la edad señalada en la ley, con la justa causa de terminación del contrato de trabajo contemplada en el parágrafo 3 del Artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que aplica a trabajadores y empleados tanto del sector público como del privado, siempre que sus destinatarios cumplan con los requisitos establecidos en el parágrafo 3. del Artículo 33 de la Ley 100 de 1993 para tener derecho a la pensión, con independencia de que, para entonces, cuenten o no con la edad de retiro forzoso que al efecto indique la ley, y con la única condición de que el retiro se surta cuando el trabajador haya sido objeto de reconocimiento de la pensión e incluido en nómina de pensionados.”

De acuerdo con lo anterior, se señala que la edad de retiro forzoso cuenta con un carácter imperativo en la ley, mientras que el reconocimiento de la pensión como justa causa para la terminación del contrato de trabajo es facultativa; es decir, el empleador puede o no hacer uso de ella, según lo estime pertinente.

En este orden de ideas y respondiendo puntualmente su interrogante, corresponderá a la entidad definir, de acuerdo con los argumentos señalados, el trámite a seguir con el empleado que cumpla con los requisitos legales para acceder a su pensión de vejez.

Por último, 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

Maia Borja/JFCA

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:51:56