



# Concepto 151041 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000151041\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000151041

Fecha: 29/04/2021 04:16:35 p.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: RETIRO DEL SERVICIO - Retiro forzoso - Servidora pública con 65 años de edad - RADICACIÓN: 20219000193982 del 16 de abril de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual pone de presente que en la E.S.E., existe una empleada provisional a quien se retiró del servicio por falta de requisitos para desempeñar el cargo, que posteriormente, dicha funcionaria demandó a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y, producto de esta demanda, se condenó a la entidad a reintegrarla y a pagar la correspondiente indemnización; que la ESE la reintegró al servicio el día 18 de enero de 2021 en el cargo de auxiliar de enfermería y que al efectuar los aportes a la seguridad social el sistema la reporta como “*Dependiente - Cotizante con indemnización sustitutiva o devolución de saldos*”; luego, consulta al fondo de pensiones porvenir en el cual se encuentra afiliada la funcionaria y este informa verbalmente que la servidora pública retiró en el 2017 la suma de dinero que tenía por concepto de aportes a pensión, en tal sentido solicita:

*“puesto que la funcionaria en mención cuenta con 65 años de edad y por haber retirado los aportes [sic] a pensión no es posible que la ese efectuó una afiliación al sistema de seguridad social en pensión por lo tanto solicito un concepto jurídico si la ese puede proceder a retirar del servicio a la funcionaria bajo la figura de retiro forzoso por la edad de 65 años y que el nombramiento es provisional no goza de los beneficios de los derechos de carrera administrativa? o que otra vía jurídica recomienda para tal fin”*

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto [430](#) de 2016, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no funge como ente de control, no le corresponde la valoración de los casos particulares y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos, para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos, competencias están atribuidas a los jueces de la república.

Así las cosas, como quiera que este Departamento Administrativo carece de competencia para pronunciarse sobre temas relacionados con los aportes a la seguridad social (salud y pensión) solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la edad de retiro forzoso como causal de retiro del servicio. Al respecto, 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:

“(…)”

e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;

“(…)”

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», señala:

“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:

(…)

4) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez.

5) Invalidez absoluta.

6) Edad de retiro forzoso.

“(…)”

(Destacado fuera del texto)

De acuerdo a los anteriores artículos, el retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de funciones públicas y, entre otras causales, se produce por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez y por haber cumplido la edad de retiro forzoso.

Ahora bien, es importante indicar que a partir del 30 de diciembre de 2016 entró en vigencia la Ley 1821 de 2016, 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.

Lo aquí dispuesto no se aplicará a los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el artículo 1 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 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)

En virtud de lo anterior se tiene entonces que la ley 1821 de 2016 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 artículo 1° del Decreto ley 3074 de 1968.

De igual forma, 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.

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.» (Subrayas fuera del texto)

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

El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del 8 de febrero de 2017, radicado número 2326, argumenta 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.» [Destacado nuestro]

De acuerdo a la anterior jurisprudencia, el Consejo de Estado señaló que quienes a pesar de haber cumplido con los requisitos para adquirir la pensión de jubilación no hayan cumplido la edad de retiro forzoso, ni hayan recibido la respectiva pensión pueden continuar en el ejercicio de sus funciones hasta la edad de retiro forzoso que pasó de 65 a 70 años, en todo caso las personas que antes de la entrada en vigencia de la ley 1821 de 2016, tenían 65 años o más y continúen vinculadas deben ser retiradas del servicio.

Así las cosas, y para abordar el tema objeto de consulta, como quiera que para el presente caso se trata de una servidora pública que tiene actualmente 65 años de edad, dicha situación no es casual legal para ser retirada del servicio, toda vez que la edad legal de retiro forzoso son los 70 años de edad.

Por último, de requerir información relacionada con los aportes de una empleada a la cual se le reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión o la devolución de saldos, respetuosamente le sugerimos acudir a la Subdirección de pensiones y otras prestaciones del Ministerio de Salud y de la Protección Social, para que en ejercicio de sus competencias, se pronuncie de fondo al respecto.

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 PÁGINA

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"

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:35:20*