



Concepto 279191 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000279191

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000279191

Fecha: 03/08/2021 11:01:24 a.m.

Bogotá

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO- Edad ¿Cuál es el procedimiento para retirar a un empleado público al que se le reconoció su pensión y se encuentra desempeñando una comisión en un empleo de libre nombramiento y remoción? Radicación No. 20219000488932 del 24 de junio de 2021.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta cuál es el procedimiento para para retirar a un empleado público al que se le reconoció su pensión y se encuentra desempeñando una comisión en un empleo de libre nombramiento y remoción, por lo anterior me permito dar respuesta a la misma en el siguiente sentido:

A partir del 30 de diciembre de 2016 entró en vigencia la Ley 1821 de 2016, que modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas de 65 a 70 años. Esta ley señala:

«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 parágrafo 3° del Artículo 9° de la Ley 797 de 2003».

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 ni a los mencionados en el Artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968, modificado por el Artículo 1 del Decreto Ley 3074 de 1968¹.

Sobre la aplicación de la Ley 1821 de 2016 el Gobierno Nacional elevó consulta al Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, el cual emitió concepto del 8 de febrero de 2017, radicado número 2326, señalando:

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.

Por su parte, 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;

(Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-501 de 2005, en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente).

"(...)"

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

Por su parte, el Decreto 2400 de 1968, Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones, consagra:

“ARTÍCULO 31: todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no será reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos. Exceptúense de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2o. del Artículo 29 de este Decreto” (los empleos señalados en el inciso 2 del Artículo 29 son: Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata el Artículo).

El Decreto 3135 de 1968, Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, preceptúa:

“ARTICULO 29. PENSION DE RETIRO POR VEJEZ. A partir de la vigencia del presente decreto el empleado público o trabajador oficial que sea retirado del servicio por haber cumplido la edad de 65 años y no reúna los requisitos necesarios para tener derecho a pensión de jubilación o invalidez tendrá derecho a una pensión de retiro por vejez, pagadera por la respectiva entidad de previsión equivalente al veinte por ciento (20%) de su último sueldo devengado y un dos por ciento (2%) más por cada año de servicios, siempre que carezca de recursos para su congrua subsistencia. Esta pensión podrá ser inferior al mínimo legal. (Conc. Arts. 81 a 92 Dec.1848/69; Ley4/76; Art. 2 Ley 71/88)

El Decreto 1083 de 2015, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, aduce:

“ARTÍCULO 2.2.11.14 Retiro por pensión. El empleado que reúna los requisitos determinados para gozar de pensión de retiro por jubilación, por edad o por invalidez, cesará en el ejercicio de funciones en las condiciones y términos establecidos en la Ley 100 de 1993 y demás normas que la modifiquen, adicione, sustituyan o reglamenten.

De conformidad con lo señalado en el Parágrafo 3° del Artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el Artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se considera justa causa para dar por terminada la relación legal o reglamentaria del empleado público que cumpla con los requisitos establecidos en este Artículo para tener derecho a la pensión.

El empleador podrá dar por terminado la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones, siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión, se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.

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 éste 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.

Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 2 de la Ley 1821 de 2016, para quienes hayan cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación y que voluntariamente manifiesten su decisión de permanecer en sus cargos hasta que cumplan la edad de retiro forzoso. A las personas que se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo, en los términos de la citada ley, les asiste la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social integral y no les será aplicable lo dispuesto en el parágrafo 3° del Artículo 9° de la Ley 797 de 2003».

En conclusión, los servidores públicos que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 no hayan cumplido la edad de 65 años, y cuenten con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de jubilación, les será aplicable la nueva reglamentación.

Por lo tanto, si el empleado pese a obtener el reconocimiento de su pensión desea continuar en ejercicio de sus funciones, deberá comunicar a la administración su voluntad de permanecer en el ejercicio de su cargo hasta los 70 años, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social.

En caso de que no exista manifestación alguna, la administración podrá proferir el correspondiente acto administrativo de retiro del servicio, fundamentado con base en el Artículo 2.2.11.14 del Decreto 1083 de 2015, con el fin de que ejerza su derecho de contradicción.

Ahora bien, es importante tener en cuenta lo que señala el Decreto 1083 de 2015²”, en relación a la comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción:

“ARTÍCULO 2.2.5.10.29 Comisión para desempeñar empleo de libre nombramiento y remoción. Cuando un empleado de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente sea nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción o de período, tendrá derecho a que el jefe de la entidad a la cual esté vinculado le otorgue, mediante acto administrativo motivado, la respectiva comisión para el ejercicio del empleo con el fin de preservarle los derechos inherentes a la carrera.

En el acto administrativo mediante el cual se confiera la comisión, deberá señalarse el término de la misma a cuyo vencimiento el empleado debe reintegrarse al cargo de carrera o presentar renuncia a éste. De no cumplirse lo anterior, el jefe de la entidad declarará la vacancia del empleo y procederá a proveerlo en forma definitiva, teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente Decreto.

Es facultativo del jefe de la entidad otorgar comisión a empleados de carrera para ejercer empleos de libre nombramiento y remoción o de período cuando su última calificación de servicios haya sido satisfactoria sin alcanzar el nivel sobresaliente.

Igualmente, es facultativo del jefe de la entidad otorgar prórroga de la comisión concedida a empleados de carrera para ejercer empleos de libre nombramiento y remoción o de período.

Cuando la comisión y sus prórrogas para ejercer empleos de libre nombramiento y remoción o de período se otorguen para ocupar el mismo empleo, la suma de éstas no podrá superar los seis (6) años, so pena de que el empleado sea desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática.

El jefe de la unidad de personal o quien haga sus veces informará sobre éstas novedades a la Comisión Nacional del Servicio Civil.” (Subraya fuera de texto)

Por consiguiente, el empleado público de carrera administrativa únicamente puede estar en comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción o de período, por el término de seis (6) años, sean estos continuos o discontinuos, en el mismo empleo o en diferentes empleos, por lo que una vez finaliza dicho término el empleado podrá permanecer en el empleo de libre nombramiento y remoción, renunciando al cargo de carrera de que es titular o retornar a este, con el fin de preservar los derechos inherentes a la carrera administrativa.

Por lo anterior, esta Dirección Jurídica considera que la entidad deberá requerir al empleado al que le fue reconocida la pensión y esta desempeñando la comisión en un empleo de libre nombramiento y remoción, para que indique si es su voluntad permanecer en el ejercicio del cargo hasta que cumpla los 70 años de edad (edad de retiro forzoso). Así mismo es importante tener en cuenta que el término de la duración de la comisión es de seis años ya sean continuos o discontinuos.

En caso de que el empleado retorne al empleo en el cual ostenta sus derechos de carrera, se deberá de igual manera, requerir frente a su deseo de ejercer el cargo hasta el cumplimiento de la edad de retiro forzoso.

Para más 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

Proyecto: Sandra Barriga Moreno

Aprobó: Dr. Armando López Cortes

11.602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Decreto 321 de 2017 «Por el cual se corrigen unos yerros en 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».

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:17:09