



Concepto 026741 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000026741

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000026741

Fecha: 20/01/2022 02:40:19 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO. Edad de retiro forzoso. Radicado: 20212060744612 del 15 de diciembre de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto que resuelva la siguiente pregunta:

“(…), y teniendo en cuenta que la ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. E.S.P. tienen una composición accionaria con más de un 90% de acciones del estado; (...) se garanticen los derechos de los funcionarios de nuestra empresa, permitiendo la discreción que les asiste de laborar hasta los 70 años” (tomado del original).

I. FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La respuesta a los interrogantes planteados tendrá en cuenta los siguientes referentes normativos, conceptuales y jurisprudenciales:

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 párrafo 3° del Artículo 9° de la Ley [797](#) de 2003. (Destacado nuestro)

Esta ley amplía de 65 a 70 años la edad máxima para retirarse del servicio a quienes desempeñan funciones públicas, con la obligación de continuar contribuyendo al régimen de seguridad social, salud, pensión y riesgos laborales, aún cuando cuenten con los requisitos, en edad y tiempo de servicios, para obtener la pensión de jubilación.

En este entendido, a continuación, estudiaremos el marco legal de las sociedades de economía mixta con aportes estatales del 90% o más para definir si estas desempeñan funciones públicas que las incluya dentro del campo de aplicación de la ley de edad de retiro forzoso, bajo los siguientes argumentos:

La Ley [489](#) de 1998¹ sobre la integración de las sociedades de economía mixta en la Rama Ejecutiva, consagra:

ARTÍCULO 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

(...)

PARÁGRAFO 1.- Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

(...)

En complemento de lo anterior, el Artículo 97 de la misma Ley 489 define las sociedades de economía mixta como:

(...) organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley. (...)

PARÁGRAFO. Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado.

De acuerdo a lo anterior, sólo cuando el aporte estatal en la sociedad de economía mixta sea superior al 90%, como en este caso, se aplica igual régimen al de las empresas industriales y comerciales del Estado (EICE). Al respecto, el Decreto Ley 3135 de 1968² en su Artículo 5° clasifica las personas que prestan sus servicios en este tipo de empresas, refiriendo que en general se conforman por trabajadores oficiales; sólo tendrán la calidad de empleados públicos quienes desarrollen actividades de dirección o confianza según los estatutos de la sociedad. Entonces, acorde con el Artículo 123 de la Constitución Política quienes laboren en sociedades de economía mixta con capital público superior al 90% tienen la calidad de servidores públicos y, por ende, cumplen funciones públicas.

Ahora bien, tratándose de trabajadores oficiales, como su vinculación es de carácter contractual, reglamentada por la Ley 6ª de 1945³ y el Decreto 1083 de 2015⁴; las condiciones laborales y prestacionales con las cuales se incorporan son aquellas establecidas en el Artículo 2.2.30.3.5 del Decreto 1083 de 2015:

ARTÍCULO 2.2.30.3.5 Incorporación de cláusulas favorables al trabajador. En todo contrato de trabajo se consideran incorporadas, aunque no se expresen, las disposiciones legales pertinentes, las cláusulas de las convenciones colectivas o fallos arbitrales respectivos, y las normas del reglamento interno de la entidad, las cuales, por otra parte, sustituyen de derecho las estipulaciones del contrato individual, en cuanto fueren más favorables para el trabajador.

De acuerdo a los apartes señalados, se precisa que, dentro de las condiciones laborales, se tendrán en cuenta las cláusulas pactadas en las convenciones colectivas o en los fallos arbitrales, así como en las normas del reglamento interno de trabajo, siempre que sean más beneficiosas para el trabajador. En lo no previsto allí, se regirá por las disposiciones previstas en la Ley 6 de 1945, el Decreto 1083 de 2015 y demás normas que le sean aplicables.

II. RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, la ley de edad de retiro forzoso acoge a todos aquellos quienes cumplen funciones públicas como los trabajadores oficiales de la Electrificadora del Huila S.A. E.S.P, en criterio de esta Dirección Jurídica pueden continuar laborando hasta los 70 años aun cuando hubieran cumplido con los requisitos en edad y tiempo de servicio para adquirir la pensión de jubilación, siempre y cuando cumplan con tres condiciones, a saber: (i) a 30 de diciembre de 2016 no hayan cumplido la edad de 65 años, (2) no se les haya reconocido la pensión de jubilación y (3) manifiesten su continuidad en el servicio. De igual manera, le reiteramos que lo anterior, no obsta, para que pueda darse por terminado el contrato por cualesquiera de las causales previstas en el Artículo 2.2.30.6.11 del Decreto 1083 de 2015.

III. NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo - Ley 1437 de 2011.

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 botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en la web <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa expedida por el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el COVID-19.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: Maia Valeria Borja Guerrero

Aprobó: Armando López Cortés

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

¹«Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del Artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones».

²«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».

³«Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo».

⁴«Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública».

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:48:24