



Función Pública

Concepto 451781 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000451781

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000451781

Fecha: 17/12/2021 10:14:44 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO - Edad del retiro forzoso. Empleado de periodo. Jefe de Control Interno. Radicado: 20219000728602 del 02 de diciembre de 2021.

Me refiero a su comunicación en la cual consulta sobre la procedencia de acogerse a lo dispuesto en la Ley 1821 de 2016, un funcionario que cumplió con los requisitos para la pensión y actualmente se encuentra nombrado en el empleo de Jefe de Control Interno, me permito indicarle lo siguiente:

En primer lugar, frente a la designación de los Jefes de Control Interno, la Ley 1474 de 2011¹, que modificó el texto de los artículos 11 y 14 de la Ley 87 de 1993, dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 8o. DESIGNACIÓN DE RESPONSABLE DEL CONTROL INTERNO. Modifíquese el artículo 11 de la Ley 87 de 1993, que quedará así:

Para la verificación y evaluación permanente del Sistema de Control, el Presidente de la República designará en las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional al jefe de la Unidad de la oficina de control interno o quien haga sus veces, quien será de libre nombramiento y remoción.

Cuando se trate de entidades de la rama ejecutiva del orden territorial, la designación se hará por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial. Este funcionario será designado por un período fijo de cuatro años, en la mitad del respectivo período del alcalde o gobernador. (...).”

(...)

PARÁGRAFO 1o. Para desempeñar el cargo de asesor, coordinador o de auditor interno se deberá acreditar formación profesional y experiencia mínima de tres (3) años en asuntos del control interno.” (Subrayado fuera del texto original)

A partir de lo anteriormente expuesto, el artículo 8° de la Ley 1474 de 2011, modificó la forma de elección del jefe de la Unidad de la Oficina de Control Interno o quien haga sus veces dentro de las entidades, quienes deberán ser nombrados por el Presidente de la República en las entidades estatales de la Rama Ejecutiva del orden nacional en un empleo de libre nombramiento y remoción o por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial, alcalde o gobernador en un empleo de periodo fijo de cuatro (4) años.

En efecto, esta disposición determinó que los jefes de control interno de la rama ejecutiva del nivel nacional continúan siendo empleos de libre nombramiento y remoción, y para el nivel territorial dispuso que se clasificarán como empleos de periodo de cuatro años cuya designación se encuentra en cabeza de la respectiva autoridad administrativa.

Frente a estos empleos de Jefe de Control Interno pertenecientes a las entidades territoriales, los cuales por el legislador corresponden a un periodo fijo, el Consejo de Estado² en su momento se pronunció concluyendo lo siguiente frente al vencimiento de este periodo institucional, a saber:

“(…) De igual manera, se encuentran los empleos con periodo fijo que se caracterizan por estar delimitados temporalmente por el término establecido en la Constitución, la ley o el reglamento. De esta forma, el funcionario puede ser retirado del cargo en el momento en que se cumpla el plazo fijado. Entre los funcionarios que ejercen estos cargos se pueden identificar al Contralor General de la República, al Procurador

General de la Nación, al Defensor del Pueblo, al Registrador Nacional del Estado Civil, a los Magistrados de altas cortes, a los contralores departamentales y municipales y a los personeros municipales, entre otros. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que el periodo fijo se explica en virtud: "(...) del principio democrático y de los principios de eficacia y eficiencia," que aseguran al funcionario "(...) un puesto de trabajo al margen de los vaivenes políticos" (Subrayado fuera del texto original)

En los términos de esta Sala de lo Contencioso Administrativo, se colige que los empleos de periodo fijo se encuentran delimitados temporalmente por el término establecido en la Constitución, la ley o el reglamento, y su retiro del servicio materializando una desinversión automática se causará una vez se cumpla el término fijado para su ejercicio, en este caso los cuatro años para el Jefe de Control Interno.

En esos términos, es conveniente aclarar que la Ley 1821 de 2016³, que entró en vigor a partir del 30 de diciembre de 2016, dispuso lo siguiente sobre la edad máxima para el retiro del servicio de personas que desempeñen funciones públicas, a saber:

"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.

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." (Subrayado fuera del texto original)

A su vez, en relación a la aplicabilidad de esta Ley 1821 de 2016, la cual fue corregida por el Decreto 321 de 2017, el Gobierno Nacional elevó consulta ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la cual emitió concepto⁴, considerando lo siguiente, a saber:

"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". (...) (Subrayado fuera del texto original)

Puede concluirse entonces, que la "opción voluntaria de permanecer en el cargo" de que trata el artículo 2° de la Ley 1821 de 2016, es la posibilidad de mantener en el ejercicio de funciones públicas a aquellas personas que cumplieron con los requisitos de edad y tiempo de servicio para percibir su pensión de jubilación hasta llegar a la edad de retiro forzoso de 70 años, con la obligación de seguir aportando al régimen de seguridad social.

Lo anterior, en consideración con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y Decreto 1083 de 2015, sobre una de las causales para ser retirado del servicio de quienes se encuentren como titulares de empleos públicos, es el haber cumplido con la edad de retiro forzoso.

Sin embargo, y para dar respuesta a su tema objeto de consulta, la Ley 1821 de 2016, que modificó la edad para el retiro forzoso de quienes se desempeñen en funciones públicas, no es de aplicación para los empleados titulares de empleos de periodo fijo o de libre nombramiento y remoción, toda vez que la naturaleza jurídica de estos empleos, de acuerdo a la normativa referenciada, una vez venza el periodo, en este caso de cuatro años, el empleado deberá ser retirado del servicio en virtud de la "desinversión automática y si es de libre nombramiento es discrecional del nominador el retiro en cualquier momento por necesidades del servicio.

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: Valeria B.

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. *"Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública."*
2. Consejo de Estado, Sala Sexta de Revisión, 22 de enero de 2019, Referencia: Expediente T-6.937.173, Consejera Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.
3. *"Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas".*
4. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 08 de febrero de 2017, Número único: 11001-03-06-000-2017-00001-00, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 22:03:44