



Función Pública

Concepto 000011 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000000011

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000000011

Fecha: 02/01/2022 08:20:26 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO - Edad de Retiro Forzoso. Radicación No. 20212060715222 del 24 de noviembre de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia trasladada a esta Dirección Jurídica por el Ministerio de Trabajo, en la que se consulta en relación a la aplicación de la ley 1821 de 2016, me permito manifestarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar que 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.”

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.

Ahora bien, de lo previsto en el Artículo 2 de la mencionada Ley 1821 de 2016, se colige que 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, en consecuencia, 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.

Así las cosas, esta Dirección Jurídica considera que el empleado público que se encuentre en ejercicio de funciones públicas podrá acogerse a lo dispuesto en la Ley 1821 de 2016, si es empleado público, y de esta forma continuar prestando sus servicios a la entidad hasta la edad de 70 años, por tanto, y conforme a los hechos relacionados en su consulta en los que indica que cuenta con 62 años y 7 meses, se considera que si ha bien lo tiene podrá continuar laborando hasta la edad de 70 años, si es trabajador oficial debe estarse a lo pactado en el contrato de trabajo o la convención colectiva.

Frente a su Segundo interrogante relacionado con su calidad de servidor público le informo que inicialmente deberá revisar:

El Artículo 123 de la Constitución Política de Colombia establece:

“ARTÍCULO 123.- Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

De acuerdo con lo anterior, los servidores públicos que prestan sus servicios al Estado, pueden clasificarse como miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado.

Con respecto a las categorías de empleados públicos y trabajadores oficiales, el Artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968, señala:

“ARTICULO 5. EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. <Aparte entre paréntesis declarado INEXEQUIBLE> Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. (En los estatutos de los establecimientos Públicos se precisará que actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo).

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”.

Ahora bien, respecto al régimen laboral aplicable a los trabajadores de una empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial, es procedente tener en cuenta las previsiones establecidas en la Ley 142 del 11 de julio de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones, y que define en los Artículos 14, 17 y 41 lo siguiente:

“ARTÍCULO 14. Definiciones. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

14.5. EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes. "

-

14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%".

14.7 EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares".

"ARTÍCULO 17. Naturaleza. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta ley.

PARÁGRAFO 1o. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado."

"ARTÍCULO 41. Aplicación del Código Sustantivo del Trabajo. <Aparte entre paréntesis declarado INEXEQUIBLE mediante sentencia C-253-96 > Las personas que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas, tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en esta ley. Las personas que presten sus servicios a aquellas empresas que a partir de la vigencia de esta ley se acojan a lo establecido en el parágrafo del Artículo 17o., se regirán por las normas establecidas en el (inciso primero del) Artículo 5o. del Decreto-ley 3135 de 1968."

De lo anterior puede concluirse que la distinción en la aplicación de diferentes regímenes laborales en las empresas de servicios públicos depende de la naturaleza jurídica de la entidad que presta el servicio público a la cual está vinculado el trabajador.

Por su parte el Artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, dispone:

"ARTÍCULO 5. Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales <Aparte entre paréntesis declarado INEXEQUIBLE mediante sentencia C-484-95 >. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. (En los estatutos de los Establecimientos Públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo).

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos". (Subrayado fuera de texto)

Es importante tener en cuenta que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el concepto con Radicación No. 704 del 19 de julio de 1995, elevada por el señor de Minas y Energía, con ponencia del Doctor César Hoyos Salazar, señaló lo siguiente respecto del régimen laboral aplicable a los trabajadores de las empresas de servicios públicos de carácter oficial:

"Con el estudio de los antecedentes del Artículo 41 de la Ley 142 de 1994 se llega a la conclusión de que el Legislador quiso precisar cuál es el régimen laboral para los trabajadores que presten sus servicios a las entidades de Servicios públicos domiciliarios con capital no representado en acciones, y que adopten la forma de empresas industriales y comerciales del Estado.

Pero al redactar la norma se incurrió en una equivocación al citar como tal régimen el previsto por el inciso primero del Artículo 5° del decreto

3135 de 1968, cuando lo pertinente era invocar el inciso segundo. En efecto, de los antecedentes de la ley y de su texto se aprecia que la intención del Legislador fue la de que toda entidad dedicada a la prestación de servicios públicos domiciliarios que no se constituya o transforme en sociedad por acciones, tiene que adoptar la forma de empresa Industrial y Comercial del Estado con todas las implicaciones que de ello se sigan; entre otras, la de que sus empleados se les debe dar el tratamiento de trabajadores oficiales, concepto incompatible con el de que pueda tenerseles como empleados públicos; esto por cuanto el, inciso primero del Artículo 5° del decreto 3135 de 1968 reserva esta calidad a quienes presten sus servicios a los ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos.

(...).

En consecuencia, la normatividad contenida en el Artículo 41 de la ley 142 de 1994 debe entenderse referida en lo pertinente al inciso 2° del Artículo 5° del decreto 3135 de 1968 "

Así mismo, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero César Hoyos Salazar, en concepto del 29 de abril de 1996 con Radicación No. 798, se pronunció en relación con el régimen laboral de las empresas de servicios públicos oficiales, en los siguientes términos:

"En relación con las empresas de servicios públicos oficiales, el mencionado Artículo no fija expresamente el régimen laboral aplicable a sus servidores. Sin embargo si dichas empresas son aquellas en cuyo capital la nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen el 100% de los aportes, debe entenderse que son sociedades entre entidades públicas para desarrollar una actividad industrial o comercial y por lo mismo, de conformidad con el Artículo 4° del decreto ley 130 de 1976, se someten a las normas previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado.

En consecuencia, el régimen laboral de los servidores de una empresa de servicio público oficial es el indicado por el inciso 2o. del Artículo 5o. del decreto ley 3135 de 1968, esto es el de trabajadores oficiales. Adicionalmente debe tenerse en cuenta que los estatutos de la empresa deberán precisar qué actividades de dirección o de confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos.

(...)

2-2 A las empresas de servicios públicos oficiales organizadas como sociedades por acciones, con participación exclusiva de entidades públicas., se les aplica el régimen laboral de las empresas industriales y comerciales del Estado, de manera que sus servidores son trabajadores oficiales y, excepcionalmente algunos de los que cumplan actividades de dirección o de confianza, son empleados públicos, según lo establezcan sus estatutos.

Aquellas empresas que estaban prestando servicios públicos domiciliarios al entrar en vigencia la ley 142 de 1994, que no se organicen como sociedades por acciones, y más bien se transformen en empresas industriales o comerciales del Estado, o conserven esta naturaleza jurídica, tienen el régimen previsto en el inciso segundo del Artículo 5o. del decreto 3135 de 1968, es decir, el de trabajadores oficiales."

Por lo anterior, se concluye que el régimen laboral de los servidores de una empresa de servicio público oficial es el indicado por el inciso 2o. del Artículo 5o. del decreto ley 3135 de 1968, esto es el de trabajadores oficiales y los mismos se ceñirán a lo establecido en el contrato individual de trabajo, la convención colectiva y el reglamento interno de trabajo. De igual forma y en caso de que no se acuerde entre las partes aspectos básicos de la relación laboral, es posible acudir a la Ley 6 de 1945, al Decreto 1083 de 2015 y demás normas que los modifican o adicionan. No obstante, se sugiere revisar con el jefe de talento humano la documentación relacionada con su vinculación.

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

Proyecto: Sandra Barriga Moreno

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Dr. Armando López Cortes

11.602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:08:37