



Función Pública

## Concepto 441861 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000441861\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000441861

Fecha: 13/12/2021 08:48:45 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO – Edad del retiro forzoso. Empleado de periodo. Radicado: 20219000718762 del 25 de noviembre de 2021.

Acuso recibido de la comunicación de referencia, en la cual consulta sobre la procedibilidad de que un empleado de 66 años de edad, que cumple con los requisitos para pensionarse pero voluntariamente se acogió a la edad máxima de retiro forzoso para ejercer funciones públicas hasta el mes de julio de 2025; pueda participar en las convocatorias para los cargos de jefes o asesores de control interno en los entes territoriales para el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2022 al 31 de diciembre de 2025, me permito indicarle lo siguiente:

La Ley 797 de 2003, en primer lugar, dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 9. El artículo 33.23 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

ARTÍCULO 33.24 Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

(...)

PARÁGRAFO 3. Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

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 este 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.” (Subrayado fuera de texto)

Por su parte, en la materia, la Corte Constitucional frente a la imposibilidad de que se constituya solución de continuidad entre la terminación de la relación legal y reglamentaria y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, mediante sentencia consideró lo siguiente:

“Esta circunstancia permite a la Corte concluir que no puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, precisamente para asegurar al trabajador y a su familia los ingresos mínimos vitales, así como la efectividad y primacía de sus derechos (C.P., arts. 2º y 5º). Por tanto, la única posibilidad de que el precepto acusado devenga

constitucional es mediante una sentencia aditiva para que el trabajador particular o servidor público sea retirado sólo cuando se le garantice el pago de su mesada pensional, con la inclusión en la correspondiente nómina, una vez se haya reconocido su pensión.

La Corte constata que con este condicionamiento no se incurre en la prohibición constitucional conforme a la cual no se pueden recibir dos asignaciones que provengan del tesoro público (C.P., art.128), en relación con los pensionados del sector público, pues una vez se incluye en la nómina correspondiente el pago de la mesada pensional respectiva debe cesar la vinculación laboral.” (Subrayado fuera de texto original)

A la luz de la normativa y jurisprudencia que se ha dejado expuesta, una vez un empleado público reúna los requisitos determinados para gozar de su pensión por jubilación y haya sido debidamente reconocida o notificada por parte de la administradora de pensiones a la cual se encuentre afiliado, el empleador podrá dar por terminada la relación legal y reglamentaria verificando que se encuentre incluido en la nómina de pensionados correspondiente.

El empleado que ha cumplido con los requisitos tendrá que solicitar su reconocimiento, no obstante, si transcurridos treinta (30) días después de este hecho el trabajador no la solicita, el empleador podrá solicitarla en nombre de aquel ante la correspondiente administradora de pensiones.

En atención a las anteriores condiciones, la Ley 909 de 2004, frente a las causales para el retiro del servicio, dispuso:

**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:

(...)

g) Por edad de retiro forzoso;

Asimismo, el Decreto 1083 de 2015, dispuso:

**“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.” (Subrayado fuera del texto original)

La Ley 1821 de 2016, a la cual hace referencia la disposición normativa citada precedentemente, que modificó la edad máxima del retiro forzoso para quienes se encuentren ejerciendo funciones públicas, dispuso lo siguiente:

**“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)

Por último, 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 concepto, 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 podrá 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 párrafo 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, el haber cumplido con la edad de retiro forzoso.

Es de aclarar que el artículo 2.2.11.1.5, al cual hace referencia el Decreto 1083 de 2015, como excepción del retiro del servicio por cumplimiento de la edad de retiro forzoso, no invoca aquellos empleos que son de naturaleza jurídica de periodo fijo, para el caso en concreto.

En esos términos, y para dar respuesta a su tema objeto de consulta, el empleado al cual hace referencia si llegare a ocupar el empleo de Jefe de Control Interno en una entidad territorial, en sujeción a lo dispuesto en la Ley 1821 de 2016, podrá hacerlo hasta llegar a la edad de retiro forzoso, puesto que una vez cumplidos de conformidad a lo dispuesto en su artículo 1°, se causará el retiro inmediato del cargo que desempeña sin que pueda ser reintegrada bajo ninguna circunstancia.

Para lo cual la entidad territorial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley 1474 de 2011, el gobernador o alcalde deberá designar otra persona por el tiempo que faltará para cumplir el periodo de cuatro años en este empleo de Jefe de Control Interno.

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 [/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 reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”*
2. Corte Constitucional, Sala Plena, 05 de noviembre de 2003, Ref.: Expediente D-4590, Consejero Ponente: Jaime Araujo Rentería.
3. *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.”*
4. *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”.*
5. *“Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas”*
6. 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 22:08:36