



Concepto 060111 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000060111

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000060111

Fecha: 03/02/2022 02:08:49 p.m.

Bogotá D.C

REFERENCIA: EMPLEO- Funciones. RETIRO DEL SERVICIO-Edad de retiro forzoso. Trabajadores oficiales. Radicación No. 20229000033802 de fecha 19 de Enero de 2022.

En atención al escrito de la referencia, mediante el cual consulta si los trabajadores oficiales cumplen funciones públicas y si 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 es aplicable a los trabajadores oficiales de mantenimiento y sostenimiento de la obra pública, me permito manifestarle lo siguiente:

La constitución política, establece en sus Artículos 123 y 125, que:

«ARTICULO 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.»

«ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. [...]»

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. 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". (Destacado fuera del texto)

Así las cosas, los tipos de vinculación de los servidores públicos con la administración pública, es:

EMPLEADOS PÚBLICOS: Relación legal o reglamentaria, debe existir un acto administrativo de nombramiento, precedido de la respectiva acta de posesión.

TRABAJADORES OFICIALES: Relación contractual, existe un contrato laboral de trabajo que contiene las condiciones de la relación. El régimen laboral para los trabajadores oficiales está contenido en el mismo contrato de trabajo, así como en la convención colectiva, pacto colectivo, reglamento interno de trabajo, si los hubiere y por lo no previsto en estos instrumentos, por la Ley 6ª de 1945 el Decreto 1083 de 2015. La modalidad contractual laboral otorga a quien por ella se vincula a la Administración el carácter de trabajador oficial y se traduce en un contrato de trabajo que regula el régimen del servicio que se va a prestar, permitiendo la posibilidad de discutir las condiciones aplicables.

La Constitución califica como funciones públicas la administración de justicia (art. 228 C.P.) y el control fiscal (art. 267 C.P.); el artículo 209 se refiere a la función administrativa, especie dentro del género función pública. Por su parte, algunos pronunciamientos de las Altas Cortes (sentencias C-563 de 1998, C-037 de 2003 y C-185 de 2019) han señalado que, en sentido amplio, las actividades de los servidores públicos son por esencia y definición funciones públicas en la medida en que tienen como propósito alcanzar los diferentes fines del Estado.

Con fundamento en lo expuesto, y en criterio de esta Dirección Jurídica cuando se habla de servidores públicos incluye tanto a empleados públicos como a trabajadores oficiales de manera que los trabajadores oficiales cumplen funciones públicas.

Respecto a su segundo interrogante 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 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003.” (Destacado nuestro)

Esta ley amplía de 65 a 70 años la edad máxima para desempeñar funciones públicas, como los trabajadores oficiales. Quienes quieran continuar laborando hasta los 70 años, a pesar de cumplir con los requisitos de pensión de jubilación, deben continuar cotizando a salud, pensión y riesgos laborales en la proporción dispuesta por la ley en igualdad a la totalidad de la planta de personal.

Adicionalmente, para el caso de los trabajadores oficiales como su vinculación es de carácter contractual, reglamentada por la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 1083 de 2015; 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, así:

“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 el contrato, 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. Y en lo no previsto allí, se regirá por las disposiciones previstas en la Ley 6 de 1945 y el Decreto 1083 de 2015.

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, quienes pueden continuar laborando hasta los 70 años, siempre y cuando así haya sido pactado en el contrato o la convención, a pesar de cumplir con los requisitos en edad y tiempo de servicio para adquirir la pensión de jubilación.

Finalmente, me permito indicarle que 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 link "Gestor Normativo" donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Christian Ayala

Revisó: Maia Borja.

Aprobó. Armando Lopez Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. *"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."*

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:55:02