



Función Pública

Concepto 377571 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000377571

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000377571

Fecha: 11/10/2022 05:03:32 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO. Edad retiro forzoso. Radicado: 20222060464582 del 8 de septiembre de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita se emita un concepto en respuesta a las siguientes preguntas:

¿Dado el caso en que un funcionario de carrera administrativa cuente con fuero sindical y, a su vez haya cumplido la edad de retiro forzoso, es procedente que la Entidad proceda con el retiro del servicio?

¿Es necesario iniciar el proceso de levantamiento de fuero sindical ante el Juez Laboral competente de dicho funcionario, antes del retiro del servicio?

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

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 parágrafo 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, aun cuando cuenten con los requisitos, en edad y tiempo de servicios, para obtener la pensión de jubilación.

Ahora bien, y teniendo en cuenta la garantía de fuero sindical de la que goza el empleado provisional, el artículo [24](#) del Decreto Ley [760](#) de 2005 dispone tres causales en las cuales no es necesaria la autorización judicial:

ARTÍCULO 24. No será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados amparados con fuero sindical en los siguientes casos:

24.1 Cuando no superen el período de prueba.

24.2 Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él.

24.3 Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito.

Por ende, el retiro del empleado con fuero sindical por el cumplimiento de la edad de retiro forzoso no es causal para efectuar el retiro sin autorización judicial. Así, lo considera el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero ponente: Germán Alberto Bula Escobar, 13 de diciembre de 2019, Radicado núm. 11001-03-06-000-2019-00183-00 (2434), en consulta solicitada por el Ministerio del Trabajo:

(...)

Con el fuero se procura que los sindicatos, mediante sus representantes, puedan ejercer la función para la cual fueron constituidos, esto es, la defensa de los intereses económicos y sociales de sus afiliados; por lo tanto constituye un elemento esencial para el ejercicio del derecho a la asociación sindical.

No obstante, existe la posibilidad del levantamiento de fuero sindical, en virtud del cual «*el empleador que pretenda cambiar las condiciones de trabajo del empleado con garantía foral -traslado o desmejora- así como dar por terminado su contrato del trabajo, deberá interponer una demanda ante el juez laboral ordinario, para lo cual debe invocar una justa causa*».

En tal virtud, la ley laboral le impone al empleador la carga de solicitar un permiso al juez de trabajo dirigido al levantamiento del fuero, el cual debe ser negado en caso de que no se presente una justa causa.

Entonces, el objetivo del proceso de levantamiento del fuero es i) verificar la ocurrencia de la causa que alega el empleador, y ii) el análisis de su legalidad o ilegalidad.

Así las cosas, y en el particular caso de los servidores que tienen fuero sindical y llegaren a la edad de retiro forzoso, en todo caso están cobijados por el derecho de sindicalización, el que apareja el fuero, circunstancia que obliga a que antes de disponerse su desvinculación deba acudir ante los jueces para que decreten su levantamiento.

(...)

¿Para el caso de los servidores públicos que tienen fuero sindical, la edad de retiro forzoso subsume el fuero o es obligatorio iniciar el proceso laboral de levantamiento de fuero, a pesar de que el proceso dure un amplio lapso de tiempo?

En el caso de los servidores con fuero sindical que llegaren a la edad de retiro forzoso, la administración está obligada a acudir ante los jueces en solicitud del levantamiento del fuero correspondiente, con base en dicha causal. Tal conducta viene determinada en virtud del derecho de sindicalización al que está aparejado el fuero sindical.

En consecuencia, de acuerdo a lo anterior, antes de retirar a un empleado que goza de fuero sindical es obligatorio que la administración solicite el permiso ante el juez laboral argumentando la justa causa.

RESPUESTA A LA PREGUNTA OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, damos respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon, concluyendo:

¿Dado el caso en que un funcionario de carrera administrativa cuente con fuero sindical y, a su vez haya cumplido la edad de retiro forzoso, es procedente que la Entidad proceda con el retiro del servicio?

R/ Si bien, el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, es una causal válida para dar por terminada la vinculación laboral el Consejo de Estado, en posición acogida por este Departamento Administrativo, considera que a fin de garantizar el derecho constitucional de asociación sindical de quien goza de la garantía de fuero sindical se requiere la respectiva autorización del juez laboral.

¿Es necesario iniciar el proceso de levantamiento de fuero sindical ante el Juez Laboral competente de dicho funcionario, antes del retiro del servicio?

R/ Igual a la conclusión del punto anterior, previo a efectuar el retiro de quien ha cumplido la edad de retiro forzoso, la Administración debe solicitar el levantamiento del fuero sindical en pro de las garantías al debido proceso como de los derechos de asociación y libertad sindical.

NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y 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.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: Maia Borja Guerrero

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

«Por el cual se establece el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones»

Corte Constitucional. Sentencia T-029 de 2004

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 30 de marzo de 2017. Expediente 2006-00413

Corte Constitucional. Sentencia T-029 de 2004

35 La Sala advierte que son pocos los pronunciamientos judiciales sobre el tema. Sin embargo, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Risaralda en sentencia de segunda instancia ha sostenido que en casos en que se solicita el levantamiento del fuero sindical por haber arribado el trabajador a la edad de retiro forzoso, si bien la causal no se encuentra enlistada en el artículo 410 del Código Sustantivo de Trabajo para autorizar el despido de un trabajador aforado, al extenderse la garantía foral a los servidores públicos, es necesario armonizarlas causales contenidas en el estatuto laboral con el marco normativo que regula la relación legal y reglamentaria. Sentencia del 3 de agosto de 2018. Expediente 2018-00282.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:07:24