



Concepto 107981 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000107981

Fecha: 14/03/2023 06:19:25 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO ¿¿¿RETIRO FORZOSO. ¿Se puede continuar vinculado como servidor público nombrado en provisionalidad después de retirar los ahorros en el fondo de pensiones? Radicación No. 20239000118772 del 22 de febrero de 2023.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual presenta diferentes interrogantes relacionados con el fonde de pensiones, me permito manifestarle lo siguiente:

Ante de realizar las aclaraciones pertinentes, me permito referirme en relación con la interpretación de la Ley 1821 de 2016 y demás normas referentes a la edad de retiro forzoso con base en los siguientes argumentos, así:

A partir del 30 de diciembre de 2016 entró en vigencia la Ley 1821 de 2016, que modificó la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas de 65 a 70 años. Esta ley señala:

«ARTÍCULO 1. Corregido por el Decreto 321 de 2017. 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 29 del Decreto-ley 2400 de 1968, modificado por el artículo 1 del Decreto-Ley 3074 de 1968».

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 1968.

Ahora bien, sobre la aplicación de la Ley 1821 de 2016, el Gobierno Nacional elevó consulta al Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, el cual emitió concepto del 8 de febrero de 2017, radicación No. 2326, señalando lo siguiente:

“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". [...]

Merece la pena aclarar que la Ley 1821 no modificó ni suprimió la referida disposición de la Ley 100 de 1993, pues el cumplimiento de los requisitos para adquirir la pensión de jubilación en el régimen de prima media y la inclusión del empleado en la nómina de pensionados, siguen constituyendo justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal y reglamentaria, según el caso, para los trabajadores particulares y para aquellos servidores públicos que no "se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo" (por ejemplo si un servidor público, después de reconocida la pensión y de ser incluido en nómina de pensionados, no manifiesta su deseo de permanecer en el cargo que ocupa y, en consecuencia, que se le postergue el pago de la respectiva pensión)

En este sentido, la "opción voluntaria de permanecer en el cargo" a que se refieren el artículo 2° de la Ley 1821 de 2016, no es otra que la posibilidad de mantenerse en el empleo o en el ejercicio de las funciones públicas que se ejerzan hasta cumplir la edad de retiro forzoso, a pesar de haber completado los requisitos para pensionarse, en lugar de retirarse para disfrutar de la pensión de jubilación. Así quedó consignado, además, en los antecedentes legislativos de la norma, tal como se explicó en el aparte B) de este concepto.

De acuerdo con lo expuesto, los servidores públicos que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 no hayan cumplido la edad de 65 años, pueden continuar vinculados a la administración hasta llegar a la edad de 70 años. En caso de que cuenten con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de jubilación, si desean continuar en ejercicio de sus funciones, deberán comunicar a la administración su voluntad de permanecer en el ejercicio de su cargo hasta los 70 años, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social.

Ahora bien, frente a la devolución de saldos autorizada por el fondo de pensiones. Sobre el particular, debe señalarse que la indemnización sustitutiva de la pensión y la devolución de saldos constituyen un auxilio económico para las personas que cumplieron la edad de adquirir la pensión, pero no cuentan con el capital necesario ni las semanas requeridas para consolidar su derecho.

En cuanto a la posibilidad de que sea retirado del servicio la persona que ha solicitado la indemnización sustitutiva (argumento aplicable también a la devolución de saldos), es pertinente traer a colación la sentencia emitida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente, Tarsicio Cáceres Toro, el 27 de octubre de 2005, dentro del proceso con radicado No. 11001-03-25-000-2002-0168-01(3299-02), en la que señaló:

"Pero, como la ley exige -fuera de tener la edad pensional y no haber cumplido el mínimo de semanas exigidas para la pensión de vejez- que el afiliado declare su imposibilidad de continuar cotizando, es posible entender la norma reglamentaria acusada en el sentido que, si en ese momento se encuentra en servicio DEBE RETIRARSE para poder reclamar la indemnización sustitutiva señalada, lo cual es lógico porque no es posible CONTINUAR EN SERVICIO SIN COTIZAR y a la vez obtener la mencionada indemnización. En efecto, si el afiliado CONTINUA EN SERVICIO, lógico es que CONTINUE COTIZANDO y de esa manera, no se cumple el requisito legal para la reclamación del derecho a la indemnización sustitutiva reglada. Y también se debe entender que no es necesario que al momento de cumplir la edad pensional el afiliado tenga que estar en servicio." (Se subraya)

De acuerdo con lo expuesto, esta Dirección Jurídica y dando respuestas a sus interrogantes considera que quien solicita la devolución de saldos, debe indicar en su solicitud que no se encuentra en posibilidad de seguir cotizando para adquirir el saldo mínimo requerido para obtener la pensión, y si se encuentra vinculado a la administración, para recibir el saldo solicitado debe retirarse del servicio.

De igual manera, si el servidor al que alude en su consulta, a la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 (30 de diciembre de 2016) no había cumplido la edad de 65 años, podrá continuar en el servicio de la administración hasta que cumpla la edad de 70 años.

No obstante, si solicitó la devolución de saldos, como indica la jurisprudencia, debe retirarse del servicio para poder reclamarla, pues no es posible continuar en servicio sin cotizar para el Sistema de Seguridad Social.

Para más 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 <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES
Director Jurídico

Proyecto: Sandra Barriga Moreno

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Dr. Armando López Cortes

11.602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:58:21