



Concepto 041881 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000041881

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000041881

Fecha: 24/01/2024 05:08:42 p.m.

Bogotá D.C.

REF: RETIRO DEL SERVICIO- Edad de retiro forzoso. RAD. 20239001101462 del 12 de diciembre de 2023.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta sobre la edad de retiro forzoso, me permito manifestarle lo siguiente:

Al respecto es necesario indicarle primero, que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016¹, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación, razón por la cual no es de su competencia pronunciarse sobre los procedimientos internos de una entidad pública.

Por tanto, la resolución de los casos particulares, corresponderá en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

De ésta manera; no es de nuestra competencia intervenir en situaciones particulares, declarar ni negar derechos; intervenir en situaciones internas de las entidades, actuar como ente de control, investigación, o seguimiento, ni señalar los procedimientos o las implicaciones legales derivadas de sus actuaciones, como tampoco realizar ni revisar las liquidaciones de las prestaciones sociales de los servidores, razón por la cual dichas operaciones deben ser realizadas al interior de las entidades públicas, de acuerdo con las competencias establecidas en los manuales de funciones respectivos. No obstante, respecto a su consulta y a modo de información general, me permito darle respuesta de la siguiente manera:

Como primera medida, la Ley 1821 de 2016², referente a la edad máxima de retiro forzoso señala:

"ARTÍCULO 1o. 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 1o del Decreto-ley 3074 de 1968". (Resaltado y subrayado fuera de texto).

De esta manera, a través de la norma transcrita, se amplía de 65 a 70 años la edad máxima para desempeñar funciones públicas en el Estado, para aquellos 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.

En este sentido, sobre la aplicación de la Ley 1821 de 2016 antes enunciada, el Gobierno Nacional, elevó consulta al Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, pronunciándose el día 8 de febrero de 2017, bajo radicado 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 párrafo 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). [...] (Subrayas y resaltado fuera de texto).

Así las cosas, la "opción voluntaria de permanecer en el cargo" a que se refieren el Artículo 2° de la Ley 1821 de 2016³, 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.

En igual sentido, el Decreto 1083 de 2015, único reglamentario de la Función Pública expresa:

"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" (Subrayas y resaltado fuera de texto).

Al respecto, el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, mediante sentencia 2018-01750 de 2019, con ponencia de la Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, al referirse a la aplicación del artículo 1, de la Ley 1821 de 2016 antes enunciado, expresó:

"La disposición transcrita se aplica a «las personas que desempeñen funciones públicas», es decir, en principio a todos los servidores públicos de todas las ramas del poder público, con excepción de «los funcionarios de elección popular», y también «los mencionados en el Artículo 29 del Decreto-ley 2400 de 1968, modificado por el Artículo 1o del Decreto-ley 3074 de 1968», que alude a quienes prestan al Estado servicios ocasionales como los peritos obligatorios, los jurados de votación, los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra, considerados por la ley como meros auxiliares de la administración pública.

En suma, la edad de retiro forzoso es una causal de desvinculación del cargo para los empleados públicos de naturaleza objetiva, puesto que se activa con el cumplimiento de los 70 años (antes 65 años), sin que, en principio, puedan ser reintegrados bajo ninguna circunstancia.

En la aplicación de la regla de la desvinculación por el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, la Corte Constitucional ha establecido en sede de tutela una regla según la cual «la aplicación de las normas que establecen el retiro forzoso como causal de desvinculación debe hacerse de forma razonable, valorando las circunstancias especiales de cada caso, para evitar la vulneración de derechos fundamentales». Por consiguiente, de acuerdo con este criterio del máximo tribunal constitucional, al momento de desvincular a una persona que ha cumplido la edad de retiro forzoso, la entidad debe evaluar si la persona ha logrado garantizar el derecho fundamental al mínimo vital

Ahora bien, en sede de constitucionalidad, el mismo órgano de cierre al decidir una demanda contra el Artículo 31 del Decreto-Ley 2277 de 1979, por el cual se establecía el derecho a la permanencia en el servicio del docente oficial mientras que no hubiere sido excluido del escalafón o alcanzare la edad de 65 años para su retiro forzoso, únicamente controvirtiéndose este último inciso, consideró que dicha causal reforzaba la efectividad del principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos y no atentaba prima facie contra el mínimo vital, en tanto el retiro de los empleados se compensaba por el derecho que adquirirían para disfrutar de la pensión de vejez, por lo que declaró la exequibilidad de la expresión acusada mediante la sentencia C-563 de 1997

Así las cosas, es necesario analizar al momento de su desvinculación si el funcionario no había logrado el reconocimiento de una pensión que garantizara su derecho al mínimo vital y tampoco cuenta con otra fuente de ingresos que le permita satisfacer sus necesidades básicas, entendido de manera amplia, lo cual «comprende lo correspondiente a la satisfacción de las necesidades básicas de la persona o de su grupo familiar para su subsistencia, como también lo necesario para garantizarle una vida en condiciones dignas». En este mismo sentido, la Corte ha señalado que se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana cuando «el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia».

Para efectos de la valoración de la afectación al mínimo vital, el juez deberá tener en cuenta, por lo menos, los siguientes criterios:

(i) Criterio económico. Consiste en evaluar (a) si el salario es el único ingreso del trabajador; (b) si éste tiene bienes o propiedades que puedan servirle para satisfacer sus necesidades básicas; (c) si su salario permite proyectar unos ahorros razonables mientras el trabajador obtiene su

pensión; (d) si los ingresos actuales permiten o no sufragar los gastos del núcleo familiar y (e) si el trabajador tiene deudas contraídas tiempo atrás.

(ii) *Criterio laboral. Consiste en evaluar (a) cuál es el vínculo laboral que tiene el empleado con la entidad (empleado de carrera, libre nombramiento y remoción, etc.) y (b) cuál es la profesión o trabajo que desempeña el accionante, pues el juez debe considerar prima facie las probabilidades de que el trabajador vuelva a ingresar al mercado laboral.»*

En consecuencia, solo en el evento en que se cumplan las condiciones anteriormente referidas, es posible ordenar de manera excepcional el reintegro del servidor público al cargo que desempeñaba o a uno equivalente, pese a haber alcanzado la edad de retiro forzoso prevista en la ley". (Subrayado y resaltado fuera de texto).

De acuerdo a lo expresado por el Honorable Consejo de Estado, el servidor desvinculado por retiro forzoso, no ve afectado su mínimo vital al compensar sus ingresos con la pensión de vejez; sin embargo y para situaciones en la que el servidor cumple la edad de retiro forzoso, sin adquirir el status pensional, es importante tener en cuenta que, al momento del retiro, no se vea afectado su mínimo vital.

En este sentido, conforme a lo expuesto y respondiendo a su consulta, tenemos como primera medida, que las disposiciones de la Ley 1821 de 2016, se aplican a "las personas que desempeñen funciones públicas" es decir, en principio a todos los servidores públicos de todas las ramas del poder público. Así las cosas, podrá el servidor permanecer en su empleo de manera voluntaria, hasta el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, sin que en principio puedan ser reintegrados bajo ninguna circunstancia.

De esta manera, la administración deberá adelantar la correspondiente desvinculación de los servidores públicos, al momento de cumplir la edad de retiro forzoso, esto es, a los 70 años, independientemente de si han completado o no, la totalidad de las semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez, ya que, de no hacerlo, podrían generarse consecuencias disciplinarias y responsabilidad fiscal.

Si requiere profundizar en otro tema en particular relacionado con las políticas de empleo público y directrices para integración de los planes institucionales y estratégicos al servicio de la Administración Pública, le invitamos a visitar nuestro Gestor Normativo en el siguiente vínculo de la internet <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Técnica.

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: Alessandro Saavedra Rincón

Revisó. Harold Israel Herreno Suarez

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

2 Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas.

3 Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:18:09