



Función Pública

Concepto 57371 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000057371

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000057371

Fecha: 25-02-2019 05:01 pm

Bogotá D.C.,

REF.: PRESTACIONES SOCIALES. Pago de aportes a seguridad social. RAD.: 20199000016462 del 17-01-19.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta formula consultas relacionadas con los aportes a la Seguridad Social, me permito manifestarle lo siguiente:

1.- Respecto de la consulta sobre cuál es el porcentaje que debe pagar el empleado de carrera administrativa que se acoja a la opción del artículo 2º de la Ley 1821 de 2016, de seguir laborando hasta los setenta (70) años, al Sistema de Seguridad Social, me permito manifestarle lo siguiente:

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, modificatorio del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, la cotización al régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1º) de enero de 2007, del 12,5% del ingreso base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo legal; y la cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%, porcentajes que son los mismos para pensión; y se deberán seguirse pagando en el caso materia de consulta, el cual se descontará por parte del empleador de la respectiva nómina.

2.- En cuanto a la consulta si para los empleados de los hospitales departamentales existen requisitos adicionales para acogerse al retiro forzoso de setenta (70) años de acuerdo con lo estipulado en la Ley 1821 de 2016, y si es necesario que mediante comunicación escrita el empleado solicite a la entidad su intención de permanecer vinculado hasta la edad de retiro forzoso, me permito manifestarle que dicha ley aplica para para el efecto a todos los servidores públicos en los mismos términos y condiciones, incluyendo a los hospitales departamentales.

Así, en los términos del artículo 2º de la Ley 1821 de 2016, 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; y 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 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, y lo deberán comunicar por escrito.

3.- Respecto a la consulta sobre cuál es la edad mínima que debe tener el empleado para solicitar el retiro forzoso hasta los setenta (70) años, si la Ley 1821 fue sancionada el 30 de diciembre de 2016; y si el empleado fue incluido en la nómina de pensión, tiene derecho a gozar de la edad de retiro a los setenta (70) años o si por el contrario ya no es factible, me permito manifestarle lo siguiente.

En primer lugar, es necesario precisar que las causales de retiro de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa en entidades del nivel nacional y territorial, se encuentran consagradas en la Ley 909 de 2004, "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones", así:

"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:

"(...)"

e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;

(Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-501 de 2005, en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente).

"(...)"

g) Por edad de retiro forzoso; (...)" (Subrayado fuera de texto)

Como puede observarse, las causales de retiro del servicio son autónomas e independientes: el retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez procede una vez la persona está incluida en la nómina de pensionados correspondiente; en tanto que la causal de desvinculación por edad de retiro forzoso procede conforme con una simple aplicación objetiva por el cumplimiento de la edad legalmente consagrada.

Con respecto a la edad de retiro forzoso, la Ley 1821 de 2016 señala 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 párrafo 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.

ARTÍCULO 4°. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, y en especial las contenidas en los Decretos ley 2400 de 1968 (artículo 31), 3074 de 1968 (artículo 29), y en los Decretos 1950 de 1973, 3047 de 1989 y 1069 de 2015

(artículos 2.2.6.1.5.3.13 y numeral 4 del artículo 2.2.6.3.2.3)”).

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”, modificado por el Decreto 648 de 2017, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.11.1.4 Retiro por pensión. El empleado que reúna los requisitos determinados para gozar de pensión de retiro por jubilación, por edad o por invalidez, cesará en el ejercicio de funciones en las condiciones y términos establecidos en la Ley 100 de 1993 y demás normas que la modifiquen, adicionen, sustituyan o reglamenten.

De conformidad con lo señalado en el Parágrafo 3° del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se considera justa causa para dar por terminada la relación legal o reglamentaria del empleado público que cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión.

El empleador podrá dar por terminado la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones, siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión, se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.

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 éste 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.

Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2 de la Ley 1821 de 2016, para quienes hayan cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación y que voluntariamente manifiesten su decisión de permanecer en sus cargos hasta que cumplan la edad de retiro forzoso. A las personas que se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo, en los términos de la citada ley, les asiste la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social integral y no les será aplicable lo dispuesto en el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

“(…)”

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 tuvieron 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”.

De la lectura de las normas anteriormente citadas es pertinente precisar que el artículo 2.2.11.1.4 establece el procedimiento a seguir para retirar a un servidor por pensión, en tanto que el artículo 2.2.11.1.7 consagra la regulación en el caso de la edad de retiro forzoso.

El inciso cuarto del artículo 2.2.11.1.4 aplica en el entendido que el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016.

Precisamente 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 el 8 de febrero de 2017, Radicación No. 2326, precisando lo siguiente:

"...Como se mencionó, el artículo 4° de la Ley 1821 dispone que "la presente ley rige a partir de su publicación".

Esta simple fórmula genera importantes consecuencias, pues al acoger el legislador al denominado "efecto general inmediato" de las leyes, que constituye en esta materia la regla general, descartó que la Ley 1821 pudiese tener efectos retroactivos o ultractivos.

En armonía con lo anterior, debe observarse que el Congreso de la República no estableció un régimen de transición en parte alguna de la Ley 1821 de 2016, como hubiera podido hacerlo, ni para disponer que las personas que estuvieran cerca de cumplir la edad de retiro forzoso anterior (65 años) quedaran por fuera del incremento en dicha edad efectuado por la Ley 1821, ni para permitir, por el contrario, que quienes hubiesen cumplido 65 años en un determinado lapso anterior a la publicación de la ley, pudieran acogerse a la nueva edad de retiro forzoso.

(...)

Es importante reiterar que ni el plazo que algunas disposiciones otorgan para efectuar el retiro, a partir del cumplimiento de la edad (6 meses en unos casos, o 1 mes en otro), ni los condicionamientos impuestos por la Corte Constitucional y por otros Jueces para que dicho retiro se haga efectivo, han modificado el supuesto de hecho de la causal previsto en la ley, que consiste exclusivamente en la llegada de la persona concernida a una determinada edad.

El término señalado por las normas citadas constituye un plazo suspensivo para que se cumpla efectivamente el retiro, es decir, la "época que se fija para el cumplimiento de la obligación", como lo define el artículo 1551 del Código Civil.

Así, el cumplimiento de la edad prevista en la ley, para los servidores públicos o los particulares sujetos a dicha causal de retiro, constituye una situación jurídica consolidada, en el sentido de que, a partir de ese momento, se genera para la persona el deber de retirarse del cargo o de cesar en el ejercicio de las funciones públicas, y para la administración, el deber de retirarlo, si dicha persona no lo hace voluntariamente.

Podría pensarse que la situación jurídica descrita no está consolidada mientras la persona concernida no se haya retirado efectivamente del cargo ni cesado efectivamente en sus funciones. Sin embargo, a juicio de la Sala, esta interpretación resulta equivocada, desde un punto de vista conceptual, pues no debe olvidarse que una cosa son las situaciones jurídicas, que se clasifican en hechos jurídicos y actos jurídicos, y otra son las situaciones de hecho o los simples acontecimientos.

Así, el hecho de que un servidor público (para citar un ejemplo) haya llegado a la edad de retiro forzoso prevista en la ley, es una situación jurídica completa o consolidada, porque de ella se derivan efectos jurídicos (principalmente deberes), mientras que el hecho de que tal individuo permanezca en el cargo es, desde este punto de vista, una situación de hecho, que puede tener respaldo en la ley (por ejemplo, si no ha vencido aún el plazo que tiene para dejar el cargo), o puede no tenerlo y ser irregular (como si la persona no había querido retirarse ni había informado a su empleador sobre la llegada a la edad de retiro forzoso).

En consecuencia, dado que el objetivo principal de la Ley 1821 de 2016 es el de establecer en 70 años la edad de retiro forzoso de las personas que ejerzan disposición genera dos efectos jurídicos: (i) amplía la edad de retiro para las personas que estando cobijadas por esta causal y no habiendo sido exceptuadas por el inciso segundo del artículo 1°, no hubieran cumplido la edad prevista en la normatividad anterior (65 años) al momento de entrar a regir la Ley 1821, es decir, a más tardar el 30 de diciembre de 2016, y (ii) someter a la nueva edad de retiro forzoso (70 años) a las personas que no habiendo cumplido esa edad el 30 de diciembre de 2016 y no encontrándose incursas en las excepciones previstas en el segundo inciso del artículo 1°, no estaban sujetas a la causal de retiro forzoso por la edad, conforme a la legislación anterior.

Por lo tanto, el efecto general inmediato de la Ley 1821 de 2016 excluye cualquier interpretación con efectos retroactivos."

"(...)"

“Al revisar la jurisprudencia sobre este tema, la Sala encuentra que el principio de favorabilidad en materia laboral no incluye la aplicación retroactiva de la ley, por considerarse más favorable al trabajador, a diferencia de lo que sucede en materia penal, en donde la retroactividad de la ley “permissiva o favorable” está prevista expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política. En materia laboral, la jurisprudencia ha hecho énfasis en la necesidad de proteger los derechos adquiridos y, en menor medida, las expectativas legítimas de los trabajadores, frente a un cambio legislativo que suprime o desmejore tales derechos o expectativas. Por ejemplo, en el campo pensional, la Corte Constitucional ha sostenido en numerosas ocasiones (48) que las nuevas leyes no pueden desconocer los derechos que ya hubiesen adquirido las personas bajo la ley anterior (al haber cumplido, por ejemplo, los requisitos previstos para adquirir determinada prestación), o las expectativas legítimas que tuvieran de adquirir ese derecho, al haber cumplido alguno de los requisitos exigidos por la ley y estar cerca de cumplir el otro o los otros).”

En el caso que nos ocupa, sin embargo, no puede decirse que los servidores públicos o los particulares que cumplan funciones públicas de manera permanente y estuvieran sujetos al retiro forzoso por la edad, tuvieran un derecho o, al menos, una expectativa legítima para desempeñar sus cargos o ejercer sus funciones de forma indefinida o hasta los 70 años, pues el régimen anterior solo les permitía hacerlo hasta los 65. En esa medida, es claro que la Ley 1821 de 2016 no les cercenó o menoscabó derecho o expectativa legítima alguna. Y si bien es cierto que su relación con el estado se encontraba vigente en el momento en que la ley entró a regir, no lo es menos que era conocido que dicha relación debía terminar, por haberse incurrido, bajo la legislación anterior, en una causal de terminación o extinción que no estaba sujeta a ninguna otra condición.”

“(…)”

“En virtud de las consideraciones precedentes,

III. La Sala RESPONDE:

“(…)”

2. En los términos del artículo segundo de la Ley 1821 de 2016, ¿pueden permanecer voluntariamente en sus cargos las personas que (i) antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 cumplieron la edad de 65 años, (ii) a la fecha no se les ha definido su situación laboral mediante acto administrativo de retiro y (iii) continúan ejerciendo funciones públicas?

Dado que la vigencia de la Ley 1821 de 2016 se rige por el “efecto general inmediato” (no es retroactiva) y que el artículo 2° de la misma no regula el supuesto fáctico que se describe en la pregunta, no pueden permanecer en sus cargos, hasta cumplir los 70 años de edad, las personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 (es decir, hasta el 30 de diciembre de ese año) cumplieron la edad de retiro forzoso a la que estaban sujetos, pero que continúan, por cualquier motivo, en el ejercicio de funciones públicas, independientemente de que su situación laboral o administrativa haya sido declarada (no constituida) o no mediante un acto administrativo en firme.

Dichas personas deben retirarse efectivamente de sus cargos y/o cesar en el ejercicio de las funciones públicas dentro del plazo y en las condiciones que establecían (o establecen) las normas legales y reglamentarias anteriores a la Ley 1821 que les sean aplicables, sin desconocer, en todo caso, lo previsto en la jurisprudencia constitucional para amparar los derechos fundamentales de las personas de la tercera edad y otras que requieren protección en condiciones especiales.”

Según el Consejo de Estado al interpretar el artículo 2° de la Ley 1821 de 2016, el legislador no estableció excepción alguna respecto de quienes ya cumplieron 65 años de edad a la fecha de expedición de la citada ley, circunstancia que es clara y no da lugar a interpretaciones conforme al tenor literal de la norma.

Esta posición es acogida en su integridad por esta Dirección Jurídica, en tanto explica con claridad y suficiencia que el fenómeno jurídico de la irretroactividad de la ley en nuestro sistema normativo, impide dar aplicación a la Ley 1821 de 2016 frente a situaciones jurídicas que se consolidaron antes de su vigencia, las cuales están llamadas a ser definidas por la autoridad nominadora atendiendo la normativa vigente al momento de configurarse la causal de retiro. Es decir, no pueden aplicarse válidamente hacia el pasado normas jurídicas posteriores para resolver situaciones consolidadas y definidas con la normativa vigente al momento de producir los actos administrativos.

Por lo anterior, en criterio de esta Dirección quienes hayan cumplido la edad de 65 años antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 (30 de diciembre de 2016) y aún continúan en ejercicio de sus funciones por necesidad del servicio o su retiro no se haya producido por cualquier otro motivo, no podrán permanecer voluntariamente en sus cargos hasta los setenta (70) años de edad, pues no son destinatarios de la precitada regulación legal, debiendo, entonces, ser retirados del servicio conforme a la normatividad vigente al momento de configurarse la causal de retiro. Es decir, a esta persona no le es aplicable el inciso cuarto del artículo 2.2.11.1.4 del Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017.

Lo anterior, 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 1968¹.

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,

JOSÉ FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con Funciones de la Dirección Jurídica

Pedro P. Hernández V / Jose F. Ceballos A.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Decreto 321 de 2017 "Por el cual se corrigen unos yerros en 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".

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 14:13:13