



Función Pública

Concepto 45391 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000045391

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000045391

Fecha: 15-02-2019 12:17 pm

Bogotá D.C.

REFERENCIA: RETIRO DEL SERVICIO – Edad de retiro Forzoso RADICACIÓN: 2019-206-000750-2 del 10 de Enero de 2019

En atención a su comunicación de la referencia, trasladada a este Departamento por el Ministerio de Trabajo, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Con respecto a las causales de retiro de quienes se desempeñen como servidores públicos en entidades del nivel nacional y territorial, que han cumplido la edad de retiro forzoso sin cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, resulta del caso hacer alusión a las siguientes disposiciones normativas

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, dispone frente a las causales de retiro del servicio lo siguiente:

“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)

Por su parte, el Decreto 2400 de 1968, Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones, consagra:

“ARTÍCULO 31: todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no será reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos. Exceptúense de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2. del artículo 29 de este Decreto” (los empleos señalados en el inciso 2 del artículo 29 son: Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata el artículo).

El Decreto 3135 de 1968, 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, preceptúa:

“ARTICULO 29. PENSION DE RETIRO POR VEJEZ. A partir de la vigencia del presente decreto el empleado público o trabajador oficial que sea retirado del servicio por haber cumplido la edad de 65 años y no reúna los requisitos necesarios para tener derecho a pensión de jubilación o invalidez tendrá derecho a una pensión de retiro por vejez, pagadera por la respectiva entidad de previsión equivalente al veinte por ciento (20%) de su último sueldo devengado y un dos por ciento (2%) más por cada año de servicios, siempre que carezca de recursos para su congrua subsistencia. Esta pensión podrá ser inferior al mínimo legal. (Conc. Arts. 81 a 92 Dec.1848/69; Ley4/76; Art. 2 Ley 71/88)

El Decreto 1083 de 2015, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, aduce:

“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. “

La Corte Constitucional, en Sentencia C-563 de 1997, Magistrado Ponente, Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, preceptuó:

“El cumplimiento de la edad de retiro forzoso como causal para desvincular a un servidor público de su cargo se encuentra directamente consagrada por el Estatuto Superior para el caso de los magistrados de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (C.P., artículo 233). De otra parte, el personal civil al servicio de la rama ejecutiva del poder público (Decreto 2400 de 1968, artículo 1°) deberá ser retirado del servicio, sin posibilidad de reintegro, al cumplir los sesenta y cinco años de edad, según lo dispone el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968. Así mismo, la edad, como causal de retiro forzoso, se encuentra consignada en los regímenes especiales de administración de personal aplicables a los servidores de la rama judicial del poder público (Ley 270 de 1996, artículo 149-4), del Ministerio Público (Ley 201 de 1995, artículo 166-f), de la Contraloría General de la República (Ley 106 de 1993, artículo 149-6) y de la Registraduría Nacional del Estado Civil (Decreto 3492 de 1986, artículo 100-d).

“En efecto, la posibilidad de retirar a un servidor público de su empleo, una vez ha alcanzado una determinada edad fijada en la ley, es un instrumento de que disponen el legislador y la administración para lograr el principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos (C.P., artículos 13 y 40-7) y el derecho al trabajo de los ciudadanos que aspiran a desempeñarse como trabajadores al servicio del Estado (C.P., artículo 25).”

La misma Corporación en Sentencia [T-012](#) de 2009, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil, referente al retiro del empleado que cumple la edad de retiro forzoso, preceptuó:

“Es por ello que la Corte debe precisar, tal y como se señaló, que si bien la fijación de una edad de retiro como causal de desvinculación del servicio es constitucionalmente admisible, su aplicación debe ser razonable de tal manera que, en cada caso concreto, responda a una valoración de las especiales circunstancias de los trabajadores, toda vez que ella no puede producir una vulneración de sus derechos fundamentales, máxime teniendo en cuenta que se trata de personas de la tercera edad, y que por esa causa merecen una especial protección constitucional. De otra forma, una aplicación objetiva de la medida, sin atender a las particularidades de cada situación, tendría un efecto perverso para sus destinatarios, porque podría desconocer sus garantías fundamentales de los trabajadores, en razón a que se les privaría de continuar trabajando y percibiendo un ingreso, sin que su solicitud de pensión hubiese sido decidida de fondo, avocándolos inclusive de manera eventual a una desprotección en lo relacionado con su servicio de salud.

Muestra de este propósito de protección del Estado a los trabajadores, es la expedición de normas por parte del legislador para proteger a personas que se encuentran en circunstancias similares a las del accionante en esta tutela, y garantizar sus derechos fundamentales.

Tal es el caso del [parágrafo 4](#) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual es indicativo de la protección que el Estado brinda a los trabajadores que culminan su vida laboral. El citado precepto establece como causal de terminación, con justa causa por parte del empleador, de las relaciones laborales o legales reglamentarias, el cumplimiento de los requisitos para pensionarse. Sin embargo, su aplicación sólo es posible hasta tanto al trabajador le ha sido reconocido el derecho a la pensión y se le ha incluido en nómina para su pago. Norma que, si bien no es aplicable a este caso concreto, demuestra la intención del legislador de proteger a los trabajadores, en tanto solamente es posible aplicarla, cuando no vulnere derechos fundamentales de los trabajadores y responda a una valoración de las circunstancias particulares del caso. Al respecto la Corte indicó en la Sentencia [C-1043](#) de 2003 (14) que “el mandato constitucional previsto en el artículo 2º de la Constitución, según el cual el Estado debe garantizar la “efectividad de los derechos”, en este caso del empleado, público o privado, retirado del servicio asegurándole la “remuneración vital” que garantice su subsistencia, su dignidad humana y los derechos de los trabajadores impone el deber de dictar una sentencia aditiva, esto es que agregue un supuesto de hecho o requisito a los señalados por el legislador con el fin de hacer compatible la norma con la Constitución Política. En este caso es necesario adicionar a la notificación de la pensión la notificación de su inclusión en la nóminas de pensionados correspondiente.”

“Conforme con las consideraciones generales de esta providencia la fijación legal de una edad de retiro forzoso como causal de desvinculación del servicio público, siempre que responda a criterios objetivos y razonables, constituye una medida constitucionalmente válida gracias a la cual el Estado redistribuye un recurso escaso, como lo es el empleo público, con el propósito de que todos los ciudadanos tengan acceso a este en condiciones de equidad e igualdad de oportunidades. Sin embargo tal y como se expresó previamente, la aplicación de este tipo de normas por parte de la administración debe ser razonable, de tal manera que sea el resultado de una valoración de las condiciones particulares del trabajador en cada caso concreto. Ello para garantizar el respeto de los derechos fundamentales del trabajador, toda vez que se trata de personas que han llegado a la tercera edad, 65 años, y que por tanto merecen especial protección por parte del Estado.

Así, dimensionada la situación del accionante de manera integral, estima la Sala que la administración pública, vista en su conjunto, le ha infringido una vulneración grave de sus derechos. Por una parte, incumpliendo las normas en la materia, guarda silencio por un periodo superior a un año con respecto a la solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación elevada por el actor. Por otra parte, la administración procede a la desvinculación del accionante del servicio, conforme con una simple aplicación objetiva de las normas de retiro forzoso del servicio por cumplimiento de la edad de 65 años, sin hacer una valoración de sus circunstancias particulares, como son (i) la entera dependencia de su salario para la satisfacción de sus necesidades; y (ii) la falta de respuesta de fondo de la solicitud de pensión que había presentado, privándolo con ese proceder, desproporcionado e injustificado, de la posibilidad de percibir un ingreso que le permita proveerse su subsistencia y la de su familia, con lo cual se vulnera su derecho fundamental al mínimo vital.”

La Corte Constitucional en Sentencia [T-887](#) de 2010, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa, ha señalado lo siguiente:

“4. La edad de retiro forzoso como causal de desvinculación del servicio

El artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, modificado por el artículo 14 de la Ley 490 de 1998, (12) contempla la posibilidad de que un servidor público sea retirado del servicio cuando cumple la edad de retiro forzoso, es decir, 65 años. En principio, por disposición del artículo 1° del mismo Decreto, el campo de aplicación de la norma estaba circunscrita a los funcionarios que prestan sus servicios en la Rama Ejecutiva del Poder Público, sin embargo, el artículo 2 de la Ley 27 de 1992 amplió la cobertura de la norma a los empleados del Estado que prestan sus servicios a las entidades u organismos de los niveles Nacional, Departamental, Distrital, diferentes al Distrito Capital,(13) Municipal y sus entes descentralizados; así como a aquellos que prestan sus servicios en las Asambleas Departamentales, en los Concejos Municipales y Distritales y en las Juntas Administradoras Locales, excepto las Unidades de Apoyo que requieran los diputados y Concejales.

Al respecto, esta Corporación, al analizar la Constitucionalidad del artículo 31 del Decreto 2400(14), señaló que fijar una edad de retiro forzoso no desconoce la Constitución (i) porque el legislador tiene la facultad de determinar las condiciones de acceso al trabajo; (ii) porque es un mecanismo razonable de eficiencia y renovación de los cargos públicos; (iii) porque no es una medida discriminatoria, puesto que se deben brindar oportunidades laborales a otras personas que tienen derecho a relevar a quienes han cumplido cierta etapa; y finalmente, (iv) porque no se vulneran los derechos fundamentales de quien se retira, especialmente su derecho fundamental al mínimo vital, puesto que su desvinculación se ve compensada con el derecho que adquiere a disfrutar de la pensión de vejez,(15) siempre y cuando, haya cumplido los requisitos legales para acceder a ella, de acuerdo a lo establecido en el régimen de prestaciones sociales que le sea aplicable.(16)

5. La Alcaldía de Barranquilla vulneró los derechos fundamentales del señor Hernán Ortiz Gamarra al desvincularlo de su cargo como Teniente en el Cuerpo de Bomberos de la ciudad, por cumplir la edad de retiro forzoso (65 años), sin antes reconocerle su derecho a la pensión de jubilación.

En el caso concreto, el señor Hernán Ortiz Gamarra solicita que se ordene a la Alcaldía de Barranquilla reintegrarlo a su cargo como Teniente en el Cuerpo de Bomberos de la ciudad, del cual fue desvinculado por cumplir la edad de retiro forzoso, pero en su criterio, de forma irregular, porque la entidad accionada debía tramitar el reconocimiento de su pensión de jubilación, antes de efectuar la desvinculación.

Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha señalado que se vulnera el derecho al mínimo vital de un trabajador que es desvinculado de su cargo por cumplir la edad de retiro forzoso, sin que se haya iniciado el trámite de reconocimiento de la pensión de jubilación, cuando el trabajador ya ha cumplido los requisitos legales para acceder a ella, como sucedió en el caso concreto. En estos casos, la Corte ha considerado que el salario debe ser sustituido por la mesada pensional, pues de lo contrario, se deja al trabajador sin su fuente de ingresos principal, que en la mayoría de los casos, es la única.

Por ejemplo, en la sentencia T-1208 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) esta Corporación protegió los derechos fundamentales de una persona de 65 años que fue retirada de su cargo como Auxiliar Administrativa de la Secretaría de Gobierno de Bogotá por cumplir la edad de retiro forzoso. El peticionario, quien sufría de paraplejía de miembros inferiores, cumplía los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, pero esta no le había sido reconocida al momento de su desvinculación. La Corte consideró vulnerado su derecho fundamental al mínimo vital, y en consecuencia ordenó que en el término máximo de cinco (5) días se emitiera su bono pensional, pendiente en la Secretaría de Hacienda de Bogotá, de su expedición al Seguro Social.

De la misma forma, en la sentencia T-012 de 2009 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) la Corte se pronunció sobre la desvinculación de un docente de la planta de la Secretaría de Educación de Bogotá. Esta persona cumplió los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el 2003. En esa oportunidad la Corte manifestó que la facultad de la administración para retirar a un trabajador que cumple la edad de retiro forzoso es una medida constitucionalmente admisible, pero señaló que su aplicación debe responder a una valoración de las circunstancias concretas de cada trabajador, por ejemplo, si se trata de personas de la tercera edad, que en la mayoría de los casos su salario es la única fuente de ingresos y que si a cambio de su retiro, no se les reconoce su derecho a la pensión, cuando hayan cumplido los requisitos, o se dilata el procedimiento de reconocimiento, puede haber consecuencias adversas que pongan en riesgo sus derechos fundamentales.(17)

Vistas las anteriores consideraciones, la Sala encuentra que la Alcaldía de Barranquilla vulneró los derechos fundamentales del señor Hernán Ortiz Gamarra por desvincularlo de su cargo como Teniente del Cuerpo de Bomberos de la ciudad, por haber cumplido la edad de retiro forzoso, pero sin tramitar el reconocimiento de su pensión y su vinculación a la nómina de pensionados del ISS.

La Alcaldía no tuvo en cuenta que la desvinculación del actor, sin tramitar previamente el reconocimiento y pago de la pensión, a la cual tiene

derecho el actor, de acuerdo a las pruebas que obran en el expediente y a lo afirmado por la Alcandía, (18) desde 2008, lo dejó sin su única fuente de ingresos. El peticionario adujo en su escrito de tutela que no está en condiciones de acceder a un nuevo puesto de trabajo, porque los múltiples accidentes que sufrió en desarrollo de su labor como bombero por más de 15 años, deterioraron ostensiblemente su salud y en la actualidad le han dejado secuelas de dolores lumbares crónicos, pérdida de fuerza muscular y de la movilidad del brazo derecho, entre otros. Aunado a ello, señaló que no recibe ayuda de su familia, sostiene a su esposa, quien no puede trabajar por sus condiciones de salud, a su anciana madre y un nieto. (19)

Al respecto, la Sala concluye que la actuación de la administración es constitucionalmente reprochable, porque en el proceso de desvinculación del actor, desconoció la protección de sus derechos fundamentales y de su familia, especialmente, al mínimo vital y a disfrutar de una vida en condiciones de dignidad.”

De conformidad con las normas y jurisprudencias anteriormente citadas, esta Dirección considera que aquel servidor público que ha cumplido la edad de 65 años cuando entro en vigencia la Ley 1821 de 2016, se encuentra inhabilitado para seguir trabajando en una entidad pública o vincularse como servidor público, excepto los casos permitidos por la Ley.

En cuanto al retiro de los servidores públicos que cumplieron la edad de retiro forzoso y les falta un tiempo considerable para llenar el requisito de las semanas cotizadas exigidas para tener el derecho a la pensión de vejez y declaren su imposibilidad de seguir cotizando, deberán ser retirados del servicio y tendrán derecho al beneficio de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en los términos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

Para aquellos servidores que cumplieron la edad de retiro forzoso y les falta un tiempo “relativamente corto” para cumplir el requisito de las semanas exigidas en la ley para tener derecho a la pensión de jubilación, o los que están adelantando los trámites para que se les incluya en nómina de pensionados, la Administración “podrá” permitirles continuar laborando, por cuanto a éstas personas se les dificulta emplearse a su edad en otras entidades públicas o privadas, lo cual les impediría seguir cotizando y percibir ingresos durante este tiempo.

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 emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con funciones de la Dirección Jurídica

11602.8.4

R. Gonzalez

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 14:24:53