



Función Pública

Concepto 88621 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000088621

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000088621

Fecha: 19-03-2019 03:33 pm

Bogotá D.C.

REF: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. Prepensionados. RETIRO DEL SERVICIO. Edad de Retiro Forzoso. Aplicación de la Ley 790 de 2002. Acuerdo de pago de aportes a pensión. RAD.: 20199000042532 del 5 de febrero de 2019.

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual consulta acerca la situación de un trabajador oficial para efectos de su retiro por llegar a la edad de retiro forzoso, me permito manifestarle lo siguiente:

De conformidad con el Decreto [430](#) de 2016, 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.

Por esta razón, no es de nuestra competencia intervenir en situaciones internas de las entidades, actuar como ente de control, investigación, ni señalar los procedimientos o las implicaciones legales derivadas de sus decisiones particulares.

No obstante, nos referiremos respecto a la interpretación legal de la Ley [1821](#) de 2016, bajo los siguientes presupuestos:

A partir del 30 de diciembre de 2016 entró en vigencia la Ley [1821](#) de 2016, la cual 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 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."

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 y los mencionados en el artículo 1º del Decreto ley 3074 de 1968.

De igual forma, el Decreto 1083 de 2015, "por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública", establece:

"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."

De lo anterior se puede concluir que las personas que antes de la entrada en vigencia de la ley 1821 de 2016, citada en precedente, tengan 65 años o más y continúen vinculadas deben ser retiradas del servicio.

Como complemento de lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del 8 de febrero de 2017, radicado número 2326, argumentó 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 1º 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). [...]

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. (Destacado nuestro)

El mismo concepto del Consejo de Estado, en relación con los empleados que quieren continuar ejerciendo funciones a pesar de haber cumplido con la edad de 65 años antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, el mismo concepto señala:

"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.

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

En consecuencia, esta Dirección considera que 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 continúen en ejercicio de sus funciones por necesidad del servicio o su retiro no se haya efectuado por algún motivo, no pueden permanecer voluntariamente en sus cargos hasta los 70 años de edad, y la administración debe proceder a su retiro, de igual forma frente a quienes con posterioridad a la ley en mención, llegaren a la edad de 70 años y se encuentren vinculados al servicio.

Con fundamento en lo expuesto, puede llegarse a las siguientes conclusiones:

1. La Ley 1821 de 2016 amplió la edad de retiro forzoso de 65 a 70 años, por tanto, quienes hubieran cumplido 65 años o más, antes del 30 de diciembre de 2016, debieron haber sido retirados por haber cumplido la edad de retiro forzoso.
2. Los servidores públicos que cumplieron 65 años con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 no pueden permanecer voluntariamente hasta los 70 años de edad.
3. El empleado que cumpla con los requisitos para adquirir la pensión de vejez y, que tenga resolución de reconocimiento o se encuentre en trámite puede voluntariamente permanecer en el cargo hasta la edad de retiro forzoso siempre y cuando, informe tal situación al empleador y a la administradora de pensiones para que se postergue el pago de la respectiva pensión.
4. La Ley 1821 de 2016 establece que es voluntad del empleado continuar laborando hasta los 70 años de edad siempre y cuando continúe cotizando al sistema general de seguridad social, aunque hubiera cumplido con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación.

En el caso que el empleado no manifieste su voluntad de continuar en el empleo hasta la edad de retiro forzoso, la administración debe esperar a la inclusión en la nómina de pensionados por parte de la respectiva administradora de pensiones en virtud de los derechos fundamentales de la persona que adquiere la pensión de vejez.

5. Frente al retiro de los servidores públicos que cumplen los requisitos para pensionarse, este Departamento Administrativo ha manifestado en varias oportunidades, que en virtud de lo contemplado en la Ley 797 de 2003, los funcionarios que cumplen los requisitos para tener derecho a pensión pueden ser retirados de la entidad con la terminación de la relación laboral o legal y reglamentaria, una vez le sea reconocida o notificada la pensión y le hayan notificado la inclusión en nómina, esto último en virtud del fallo de exequibilidad de la Corte Constitucional C-1037 de 2003.

6. El parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 señala que cuando el servidor público, entiéndase empleado público o trabajador oficial, hubiere cumplido con los requisitos para adquirir la pensión de vejez, esto es: haber cumplido 57 años (mujer) y 62 años (hombre) y hubiere cotizado mínimo 1300 semanas a partir del 2015 debe iniciar los trámites tendientes al reconocimiento de la misma.

Si no lo hiciera, la entidad, dentro de los 30 días siguientes a que el empleado hubiere cumplido con los requisitos puede solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez ante la correspondiente Administradora de Pensiones en nombre del empleado.

7. El artículo 37 de la Ley 100 de 1993 señala que quienes hayan cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas y no puedan seguir cotizando, tienen derecho a recibir la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Por consiguiente, quienes cumplan la edad de retiro forzoso no pueden seguir cotizando razón por la cual, tienen derecho a percibir la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en los términos del artículo que se ha dejado indicado.

Finalmente, en lo que respecta a la protección laboral reforzada, la Ley 790 de 2002¹ y el Decreto 190 de 2003² han previsto la figura del "reten social" la cual, se circunscribe específicamente para los programas de renovación o reestructuración de la Administración Pública del orden nacional razón por la cual, no es aplicable al caso materia de consulta.

Para mayor 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 <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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

MDDG/JFCA

12602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República
2. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 790 de 2002

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:50:36