Función Pública

Concepto 041881 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

*20246000041881*Â

Al contestar por favor cite estos datos:Â

Radicado No.: 20246000041881Â

Fecha: 24/01/2024 05:08:42 p.m.Â

BogotÃ¡ D.C.Â

Â

REF: RETIRO DEL SERVICIOâ Edad de retiro forzoso. RAD.Â 20239001101462 del 12 de diciembre de 2023.Â

En atenciÃ³n a su comunicaciÃ³n de la referencia, mediante la cual consulta sobre la edadÂ de retiro forzoso, me permito manifestarle lo siguiente:Â

Al respecto es necesario indicarle primero, que de acuerdo con lo establecido en el Â Decreto 430 de 2016[1], este Departamento Administrativo tiene como objeto el Â fortalecimiento de las capacidades de los servidores pÃºblicos y de las entidades y Â organismos del Estado, su organizaciÃ³n y funcionamiento, el desarrollo de la Â democratizaciÃ³n de la gestiÃ³n pÃºblica y el servicio al ciudadano, mediante la formulaciÃ³n, Â implementaciÃ³n, seguimiento y evaluaciÃ³n de polÃticas pÃºblicas, la adopciÃ³n de Â instrumentos tÃ©cnicos y jurÃdicos, la asesorÃa y la capacitaciÃ³n, razÃ³n por la cual no es de Â su competencia pronunciarse sobre los procedimientos internos de una entidad pÃºblica.Â

Por tanto, la resoluciÃ³n de los casos particulares, corresponderÃ¡ en todos los casos a la Â autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera Â cierta y documentada la situaciÃ³n particular de su personal. Â

De Ã©sta manera; no es de nuestra competencia intervenir en situaciones particulares, Â declarar ni negar derechos; intervenir en situaciones internas de las entidades, actuar Â como ente de control, investigaciÃ³n, o seguimiento, ni seÃ±alar los procedimientos o las Â implicaciones legales derivadas de sus actuaciones, como tampoco realizar ni revisar las Â liquidaciones de las prestaciones sociales de los servidores, razÃ³n por la cual dichas Â operaciones deben ser realizadas al interior de las entidades pÃºblicas, de acuerdo con las Â competencias establecidas en los manuales de funciones respectivos. No obstante,Â respecto a su consulta y a modo de informaciÃ³n general, me permito darle respuesta de la Â siguiente manera:Â

Como primera medida, la Ley 1821 de 2016[2], referente a la edad mÃ¡xima de retiro forzoso Â seÃ±ala:Â

“ARTÃCULO 1o. La edad mÃ¡xima para el retiro del cargo de las personas que desempeÃ±en Â funciones pÃºblicas serÃ¡ de setenta (70) aÃ±os. Una vez cumplidos, se causarÃ¡ el retiro Â inmediato del cargo que desempeÃ±en sin que puedan ser reintegradas bajo ninguna Â circunstancia.Â

Lo aquÃ dispuesto no se aplicarÃ¡ a los funcionarios de Â eleccIÃ³n popular ni a los mencionados en el artÃculo 29 del Decreto-ley 2400 de 1968, modificado por Â el artÃculo 1o del Decreto-ley 3074 de 1968”. (Resaltado y subrayado fuera de texto).Â

De esta manera, a travÃ©s de la norma trascrita, se amplÃa de 65 a 70 aÃ±os la edad Â mÃ¡xima para desempeÃ±ar funciones pÃºblicas en el Estado, para aquellos servidores Â pÃºblicos que prestan sus servicios en las ramas del poder pÃºblico, Ã³rganos autÃ³nomos e Â independientes, Ã³rganos de control, entidades o agencias pÃºblicas y a los particulares que Â cumplen funciones pÃºblicas, con excepciÃ³n de los funcionarios de eleccIÃ³n popular ni a Â los mencionados en el ArtÃculo 29 del Decreto-ley 2400 de 1968, modificado por el Â ArtÃculo 1 del Decreto-Ley 3074 de 1968.Â

En este sentido, sobre la aplicaciÃ³n de la Ley 1821 de 2016 antes enunciada, el Gobierno Â Nacional, elevÃ³ consulta al Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Â pronunciÃ¡ndose el dÃa 8 de febrero de 2017, bajo radicado No. 2326, seÃ±alando lo Â siguiente:Â

“Como se observa, esta parte de la norma, a pesar de las deficiencias que presenta en su redacciÃ³n, Â contiene un supuesto de hecho y una consecuencia jurÃdica. El supuesto de hecho consiste en que Â una persona, a la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, "acceda" al ejercicio de funciones Â pÃºblicas o se encuentre ejerciÃ©ndolas y haya cumplido o cumpla los requisitos para adquirir el Â derecho a la

pensiÃ³n de jubilaciÃ³n. La consecuencia jurÃdica, por su parte, consiste en que tal Â persona puede permanecer en el ejercicio de su cargo o de las funciones respectivas, con la Â obligaciÃ³n de seguir contribuyendo al rÃ©gimen de seguridad social. Aunque la norma no dice Â explÃ-citamente hasta cuÃ¡ndo podrÃa permanecer aquella persona en su cargo o en el ejercicio Â de las funciones que ejerce, la integraciÃ³n de esta disposiciÃ³n con el ArtÃculo 1 de la misma Â ley, permite deducir, sin mayores esfuerzos, que puede hacerlo hasta llegar a la edad de retiro Â forzoso que la Ley 1821 establece (70 aÃ±os).Â

Este entendimiento de la norma resulta confirmado especialmente por lo dispuesto en la ÃºltimaparteÂ del ArtÃculo y en los respectivos antecedentes legislativos.Â

Â

En efecto, la parte final del ArtÃculo estatuye: "A las personas que se acojan a la opciÃ³n voluntaria Â de permanecer en el cargo, en los tÃ©rminos de la presente ley, no les serÃ¡ aplicable lo dispuesto Â en el parÃ¡grafo 3Â° del ArtÃculo 9Â° de la Ley 797 de 2003". [...]Â

Merece la pena aclarar que la Ley 1821 no modificÃ³ ni suprimiÃ³ la referida disposiciÃ³n de la Ley 100 Â de 1993, pues el cumplimiento de los requisitos para adquirir la pensiÃ³n de jubilaciÃ³n en el rÃ©gimen Â de prima media y la inclusiÃ³n del empleado en la nÃ³mina de pensionados, siguen constituyendo Â justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relaciÃ³n legal y reglamentaria, Â segÃºn el caso, para los trabajadores particulares y para aquellos servidores pÃºblicos que no "se Â acojan a la opciÃ³n voluntaria de permanecer en el cargo"(por ejemplo si un servidor pÃºblico, despuÃ©s Â de reconocida la pensiÃ³n y de ser incluido en nÃ³mina de pensionados, no manifiesta su deseo de Â permanecer en el cargo que ocupa y, en consecuencia, que se le postergue el pago de la respectiva Â pensiÃ³n). [...]" (Subrayas y resaltado fuera de texto).Â

AsÃ las cosas, la "*opciÃ³n voluntaria de permanecer en el cargo*" a que se refieren el Â ArtÃculo 2Â° de la Ley 1821 de 2016[3], no es otra que la posibilidad de mantenerse en el Â empleo o en el ejercicio de las funciones pÃºblicas que se ejerzan hasta cumplir la edad de Â retiro forzoso, a pesar de haber completado los requisitos para pensionarse, en lugar de Â retirarse para disfrutar de la pensiÃ³n de jubilaciÃ³n.Â

En igual sentido, el Decreto 1083 de 2015, Ãºnico reglamentario de la FunciÃ³n PÃºblica Â expresa:Â

"ARTÃCULO 2.2.11.1.7 Edad de retiro forzoso. A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de Â 2016, la edad de setenta (70) aÃ±os constituye impedimento para desempeÃ±ar cargos pÃºblicos, Â salvo las excepciones seÃ±aladas en el artÃculo 2.2.11.1.5.Â

Las personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 tuvieren 65 aÃ±os o mÃ¡s y Â continÃºan vinculadas al servicio pÃºblico, deberÃ¡n ser retiradas del servicio. Lo anterior, por cuanto no Â son destinatarias de la regulaciÃ³n de que trata la citada ley" (Subrayas y resaltado fuera de texto).Â

Al respecto, el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Â mediante sentencia 2018-01750 de 2019, con ponencia de la Doctora Sandra Lisset Â Ibarra VÃ©lez, al referirse a la aplicaciÃ³n del artÃculo 1, de la Ley 1821 de 2016 antes Â enunciado, expresÃ³:Â

"La disposiciÃ³n transcrita se aplica a «las personas que desempeÃ±en funciones pÃºblicas», es Â decir, en principio a todos los servidores pÃºblicos de todas las ramas del poder pÃºblico, con Â excepciÃ³n de «los funcionarios de elecciÃ³n popular», y tambiÃ©n «los mencionados en el ArtÃculo 29 del Decreto-ley 2400 de 1968, modificado por el ArtÃculo 1o del Decreto-ley 3074 de 1968», que Â alude a quienes prestan al Estado servicios ocasionales como los peritos obligatorios, los jurados de Â votaciÃ³n, los tÃ©cnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecuciÃ³n de un trabajo o una obra, Â considerados por la ley como meros auxiliares de la administraciÃ³n pÃºblica.Â

En suma, la edad de retiro forzoso es una causal de desvinculaciÃ³n del cargo para los empleados pÃºblicos de naturaleza objetiva, puesto que se activa con el cumplimiento de los Â 70 aÃ±os (antes 65 aÃ±os), sin que, en principio, puedan ser reintegrados bajo ninguna Â circunstancia.Â

En la aplicaciÃ³n de la regla de la desvinculaciÃ³n por el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, la Â Corte Constitucional ha establecido en sede de tutela una regla segÃºn la cual «la aplicaciÃ³n de las Â normas que establecen el retiro forzoso como causal de desvinculaciÃ³n debe hacerse de Â forma razonable, valorando las circunstancias especiales de cada caso, para evitar la Â vulneraciÃ³n de derechos fundamentales». Por consiguiente, de acuerdo con este criterio del Â mÃ¡ximo tribunal constitucional, al momento de desvincular a una persona que ha cumplido la edad de Â retiro forzoso, la entidad debe evaluar si la persona ha logrado garantizar el derecho fundamental al Â mÃnimo vitalÂ

Ahora bien, en sede de constitucionalidad, el mismo Ã³rgano de cierre al decidir una demanda contra Â el ArtÃculo 31 del Decreto-Ley 2277 de 1979, por el cual se establecÃa el derecho a la permanencia Â en el servicio del docente oficial mientras que no hubiere sido excluido del escalafÃ³n o alcanzare la Â edad de 65 aÃ±os para su retiro forzoso, Ãºnicamente controvirtiÃ©ndose este Ãºltimo inciso, considerÃ³ Â que dicha causal reforzaba la efectividad del principio de igualdad de oportunidades en el acceso a Â los cargos pÃºblicos y no atentaba prima facie contra el mÃnimo vital, en tanto el retiro de los Â empleados se compensaba por el derecho que adquirÃan para disfrutar de la pensiÃ³n de vejez, Â por lo que declarÃ³ la exequibilidad de la expresiÃ³n acusada mediante la sentencia C-563 de 1997Â

AsÃ las cosas, es necesario analizar al momento de su desvinculaciÃ³n si el funcionario no habÃa Â logrado el reconocimiento de una pensiÃ³n que garantizara su derecho al mÃnimo vital y Â tampoco cuenta con otra fuente de ingresos que le permita satisfacer sus necesidades Â bÃ¡sicas, entendido de manera amplia, lo cual «comprende lo correspondiente a la satisfacciÃ³n de las Â necesidades bÃ¡sicas de la persona o de su grupo familiar para su subsistencia, como tambiÃ©n lo Â necesario para garantizarle una vida en condiciones dignas». En este mismo sentido, la Corte ha Â seÃ±alado que se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana cuando «el Estado, Â pudiÃ©ndolo hacer, ha

dejado de concurrir a prestar apoyo material mÃnimo sin el cual la persona Â indefensa sucumbe ante su propia impotencia».Â

Para efectos de la valoraciÃ³n de la afectaciÃ³n al mÃnimo vital, el juez deberÃ¡ tener en cuenta, Â por lo menos, los siguientes criterios:Â

(i) Criterio econÃ³mico. Consiste en evaluar (a) si el salario es el Ãºnico ingreso del trabajador; (b) si Â Ã©ste tiene bienes o propiedades que puedan servirle para satisfacer sus necesidades bÃ¡sicas; (c) si Â su salario permite proyectar unos ahorros razonables mientras el trabajador obtiene su pensiÃ³n; (d) si Â los ingresos actuales permiten o no sufragar los gastos del nÃºcleo familiar y (e) si el trabajador tiene Â deudas contraÃdas tiempo atrÃ¡s.Â

(ii) Criterio laboral. Consiste en evaluar (a) cuÃ¡l es el vÃnculo laboral que tiene el empleado con la Â entidad (empleado de carrera, libre nombramiento y remociÃ³n, etc.) y (b) cuÃ¡l es la profesiÃ³n o Â trabajo que desempeÃ±a el accionante, pues el juez debe considerar prima facie las probabilidades de Â que el trabajador vuelva a ingresar al mercado laboral.»Â

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

De acuerdo a lo expresado por el Honorable Consejo de Estado, el servidor desvinculadoÂ por retiro forzoso, no ve afectado su mÃnimo vital al compensar sus ingresos con laÂ pensiÃ³n de vejez; sin embargo y para situaciones en la que el servidor cumple la edad deÂ retiro forzoso, sin adquirir el status pensional, es importante tener en cuenta que, alÂ momento del retiro, no se vea afectado su mÃnimo vital.Â

En este sentido, conforme a lo expuesto y respondiendo a su consulta, tenemos comoÂ primera medida, que las disposiciones de la Ley 1821 de 2016, se aplican a *"las personasÂ que desempeÃ±en funciones pÃºblicas"* es decir, en principio a todos los servidores pÃºblicosÂ de todas las ramas del poder pÃºblico. AsÃ las cosas, podrÃ¡ el servidor permanecer en suÂ empleo de manera voluntaria, hasta el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, sin queÂ en principio puedan ser reintegrados bajo ninguna circunstancia.Â

De esta manera, la administraciÃ³n deberÃ¡ adelantar la correspondiente desvinculaciÃ³n deÂ los servidores pÃºblicos, al momento de cumplir la edad de retiro forzoso, esto es, a los 70Â aÃ±os, independientemente de si han completado o no, la totalidad de las semanasÂ requeridas para acceder a la pensiÃ³n de vejez, ya que, de no hacerlo, podrÃan generarseÂ consecuencias disciplinarias y responsabilidad fiscal.Â Â

Si requiere profundizar en otro tema en particular relacionado con las polÃticas de empleo Â pÃºblico y directrices para integraciÃ³n de los planes institucionales y estratÃ©gicos al servicio Â de la AdministraciÃ³n PÃºblica, le invitamos a visitar nuestro Gestor Normativo en el Â siguiente vÃnculo de la internet http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo, Â donde podrÃ¡ consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta DirecciÃ³n Â TÃ©cnica.Â

El anterior concepto se emite en los tÃ©rminos establecidos en el ArtÃculo 28 del CÃ³digo deÂ Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.Â

Cordialmente,Â Â

ARMANDO LÃPEZ CORTESÂ

Director JurÃdicoÂ

Proyecto: Alessandro Saavedra RincÃ³nÂ Â

RevisÃ³. Harold Israel Herreno SuarezÂ

11602.8.4Â

NOTAS DE PIE DE PÃGINA

1Â Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la FunciÃ³n PÃºblica

2Â Por medio de la cual se modifica la edad mÃ¡xima para el retiro forzoso de las personas que desempeÃ±an funcionesÂ pÃºblicas.

3Â Por medio de la cual se modifica la edad mÃ¡xima para el retiro forzoso de las personas que desempeÃ±an funcionesÂ pÃºblicas.

Â

Fecha y hora de creación: 2024-06-03 05:22:54