

**Función Pública**

Concepto 047791 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000047791

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000047791

Fecha: 03/02/2023 09:19:02 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. RETIRO DEL SERVICIO. Edad de retiro forzoso. No pensionado RADICACIÓN. 20232060047372, 20232060047392, 20232060047442 de fecha 24 de enero de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual plantea varios interrogantes relacionados con el retiro del servicio por cumplir la edad de retiro forzoso, me permito manifestar lo siguiente:

En primer lugar, es importante señalar que a este Departamento Administrativo de acuerdo con lo establecido en el Decreto [430](#) de 2016¹, le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, razón por la cual no es de nuestra competencia intervenir y/o definir situaciones particulares de las entidades, su estructura o funcionamiento.

En este sentido, la resolución de los casos particulares, como resulta apenas obvio, corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal, y, además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho.

No obstante, a manera de información general respecto de la situación planteada por usted, procedemos a pronunciarnos respecto de sus interrogantes en el siguiente sentido:

La Ley [1821](#) de 2016², que modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas de 65 a 70 años. Esta ley señala:

“ARTÍCULO 1. Corregido por el Decreto [321](#) de 2017³. 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 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 parágrafo 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.*" (Subrayado fuera del texto)

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 ni a los mencionados en el Artículo 29 del Decreto-ley 2400 de 1968³, modificado por el Artículo 1 del Decreto-Ley 3074 de 1968⁴.

Ahora bien, 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 del 8 de febrero de 2017, radicación 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). [...]"

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.

La Corte Constitucional, en Sentencia T- 012 de 2009 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.

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.” (Subrayado fuera de texto)

De lo anterior se puede concluir que la edad máxima para desempeñar funciones públicas en el Estado es de 70 años, 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 Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto Ley 3974 de 1968.

Por lo tanto y conforme con las normas y jurisprudencias anteriormente citadas, esta Dirección Jurídica se permite a dar respuesta a cada uno de sus interrogantes:

1. “¿Es procedente retirar a un funcionario que tiene la edad de retiro forzoso establecido en el artículo 1° de la ley 1821 de 2016 y le faltan menos de tres (03) años para completar el requisito de las semanas cotizadas para obtener su derecho de pensión?”

Conforme al artículo 3 de la Ley 1821 de 2016, las disposiciones contenidas en la ley no modifican 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.

En consecuencia, si bien las normas sobre acceso y permanencia a cargos públicos no se modifican, se tiene que entender que aquella persona que ha cumplido la edad de 70 años, se encuentra inhabilitada para seguir trabajando en una entidad pública o vincularse como servidor público, excepto los casos permitidos por la Ley.

Por lo tanto y conforme con las normas y jurisprudencias anteriormente citadas, esta Dirección Jurídica considera que aquel servidor público que ha cumplido la edad de 70 años, se encuentra inhabilitado para seguir trabajando en una entidad pública o vincularse como servidor público. Por lo tanto, el trabajador que cumpla 70 años deberá ser retirado del servicio independientemente de si ha sido o no incluido en la nómina de pensionados.

2. “¿Es procedente retirar del servicio a los funcionarios que solicitaron permanecer en el ejercicio de la función pública hasta la edad de retiro forzoso establecido en el artículo 1° de la Ley 1821 de 2016, pero que analizado su rendimiento laboral éste no alcanza los estándares mínimos requeridos por la entidad?”

El Decreto Ley 91 de 2007⁵ consagra las siguientes causales de retiro del servicio:

“ARTÍCULO 57. Causales de retiro. Además de las causales de retiro previstas en la Constitución Política y en las disposiciones legales aplicables al personal civil y no uniformado de las entidades del Sector Defensa, los funcionarios del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, serán retirados de la Carrera y por lo tanto del servicio, cuando obtuvieren una evaluación y/o calificación definitiva insatisfactoria.

No será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados civiles no uniformados del Sector Defensa amparados con fuero sindical, en los siguientes casos:

1. Cuando no superen el período de prueba.
2. Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él.
3. Cuando los empleos provistos en provisionalidad, sean convocados a concurso y el empleado no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito.” (Subrayado fuera del texto)

Conforme a lo anterior se puede afirmar que la norma contempla como una de las causales del retiro del servicio de los funcionarios del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, la obtención de una evaluación y/o calificación definitiva insatisfactoria.

Con relación a la desvinculación por evaluación y/o calificación insatisfactoria, es una causal autónoma de retiro del servicio. Este retiro debe ser motivado por la autoridad nominadora cuando el empleado haya obtenido calificación no satisfactoria como resultado de la evaluación del desempeño laboral.

En consecuencia, esta Dirección Jurídica considera que es procedente retirar del servicio al empleado como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación y/o calificación definitiva del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa del Sistema Especial del

Sector Defensa, independientemente de que se haya acogido a permanecer en el servicio hasta cumplir la edad de retiro forzoso, toda vez que dicha causal de retiro es autónoma y deberá ser motivada por la autoridad nominadora.

Me permito indicarle que, 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,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Sonia Estefanía Caballero Sua

Revisó: Maia Valeria Borja Guerrero

Aprobó: Armando López Cortés

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 el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.

4 Por el cual se modifica y adiciona el Decreto número [2400](#) de 1968.

5 Por el cual se regula el Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa y se dictan unas disposiciones en materia de administración de personal.

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:23:36