Función Pública

Concepto 138541 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000138541

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000138541

Fecha: 10/04/2023 08:40:59 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. RETIRO DEL SERVICIO. Edad de retiro forzoso. Cotización al Sistema de Seguridad Social. RADICACIÓN. 20239000162062 de fecha 14 de marzo de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si es obligatorio que servidor que ya cumplió requisitos para pensionarse pero se acoge a la edad de retiro forzoso, deba seguir cotizando al Sistema de Seguridad Social, me permito manifestarle lo siguiente:

La Ley 797 de 2003[1], señala:

"ARTÍCULO 9. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

ARTÍCULO 33 Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

(...)

PARÁGRAFO 3. Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

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 este 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." (Subrayado fuera de texto)

La Corte Constitucional en Sentencia C-1037 de 2003, analizó la constitucionalidad de esta disposición, y respecto al retiro de los servidores públicos con derecho a pensión de las entidades del Estado, afirmó lo siguiente:

"Esta circunstancia permite a la Corte concluir que no puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, precisamente para asegurar al trabajador y a su familia los ingresos mínimos vitales, así como la efectividad y primacía de sus derechos (C.P., arts. 2° y 5°). Por tanto, la única posibilidad de que el precepto acusado devenga constitucional es mediante una sentencia aditiva para que el trabajador particular o servidor público sea retirado sólo cuando se le garantice el pago de su mesada pensional, con la inclusión en la correspondiente nómina, una vez se haya reconocido su pensión.

La Corte constata que con este condicionamiento no se incurre en la prohibición constitucional conforme a la cual no se pueden recibir dos asignaciones que provengan del tesoro público (C.P., art.128), en relación con los pensionados del sector público, pues una vez se incluye en la nómina correspondiente el pago de la mesada pensional respectiva debe cesar la vinculación laboral." (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con el pronunciamiento, para que proceda el retiro del servicio por la obtención de la pensión de jubilación, opera solamente cuando la entidad de previsión respectiva, notifique la inclusión de la persona en la nómina de pensionado. Adicionalmente, una vez se encuentra en

ella, se debe retirar del servicio al servidor público pues, de no ser así, se incurriría en la prohibición de recibir dos asignaciones provenientes del tesoro público.

Por su parte, la Ley 909 de 2004[2], establece:

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;"

A su vez, el Decreto 1083 de 2015[3], señala sobre el retiro por pensión 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."

Por lo anterior, como lo señalan las normas y conforme a lo expresado por el Consejo de Estado, el empleado que haya cumplido o cumpla los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación y cuente con resolución de reconocimiento de pensión o se encuentre en trámite, podrá acogerse a la opción voluntaria de permanecer en el cargo hasta la edad de retiro forzoso (70 años), siempre y cuando informe tal situación al empleador para que se postergue el pago de la respectiva pensión, en este caso la entidad deberá respetar la opción voluntaria del empleado.

La Corte Constitucional en Sentencia C-501 de 2005, declaró exequible este literal 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. En dicha sentencia, afirmó:

"Dada la amplia potestad que le reconoce el artículo 125 de la Carta al legislador para determinar otras causales de retiro de la carrera, distintas al régimen disciplinario o al sistema de evaluación del desempeño, puede éste establecer razones ajenas a la conducta de los funcionarios que de presentarse pueden afectar la eficaz y eficiente prestación de los servicios públicos y el cumplimiento de los fines función pública, siempre y cuando respete los límites, principios y valores

constitucionales que pretende promover a través del sistema de carrera. Tal es el caso de la causal de retiro por la obtención de la pensión de jubilación. Cuando un servidor público ha laborado durante el tiempo necesario para acceder a la pensión de vejez, resulta razonable que se prevea la terminación de su relación laboral cuando la disminución de su producción laboral puede afectar la eficiente y eficaz prestación del servicio a cargo de la entidad. Esta posibilidad a la vez que permite el acceso a dicho cargo a otras personas en condiciones de igualdad, garantiza el derecho del ex funcionario a disfrutar de la pensión. Sin embargo, a fin de garantizar la efectividad de los derechos del pensionado y asegurar que pueda gozar del descanso, en condiciones dignas, es preciso, que dicha causal opere a partir del momento en que se hace efectivo ese derecho, esto es, a partir de la inclusión del funcionario en la nómina de pensionados de la entidad." (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con las disposiciones anteriormente transcritas, puede concluirse que existen normas que permiten que los empleadores retiren del servicio a los empleados que cumplan con los requisitos para obtener la Pensión de Jubilación o Vejez, una vez se encuentren incluidos en nómina de pensionados.

A partir del 30 de diciembre de 2016 entró en vigencia la Ley 1821 de 2016[4], 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 2017. 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." (Se subraya).

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 1968, modificado por el artículo 1 del Decreto-Ley 3074 de 1968.

Sobre el particular, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, con ponencia del Consejero César Palomino Cortés, en sentencia emitida el 3 de febrero de 2022 dentro del expediente con Radicado No. 17001233300020130002001, indicó lo siguiente:

"Sin embargo, 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", presenta un cambio normativo importante, pues además de indicar que la edad de retiro forzoso de las personas que desempeñen cargos públicos es de 70 años (art. 1); también estableció que quienes a su entrada en vigencia ejercieran funciones públicas podrían permanecer voluntariamente en sus empleos aunque hayan completado los requisitos para acceder a la pensión de jubilación y para ellos no sería aplicable la causal de retiro regulada en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 (art. 2).

La aplicación de esta norma adquiere mayor claridad en el Decreto Compilatorio 648 de 2017, en cuyo artículo 2.2.11.1.4 se regula el retiro por pensión en los siguientes términos:

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" (texto resaltado por la Sala).

La referida Ley 1821 de 2016 fue declarada exequible por la Corte Constitucional en las sentencias C-084 de 2018 y C 135 de 201810 , donde se precisó que su objeto es inaplicar la causal de retiro del servicio regulada en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, "para permitir que las personas, que así lo desean, continúen ejerciendo una función pública" hasta la edad de retiro forzoso, y adujo que dicha medida es una "expresión del derecho al trabajo, con ocasión del aumento en la expectativa promedio de vida de la población, en el mayor envejecimiento de la misma y en la importancia de utilizar un recurso humano cualificado y dotado de una experiencia específica, que se conoce con el nombre de inteligencia depurada". La Corte agregó:

(...)

Como se advirtió en el acápite de antecedentes, el actor considera que la expresión acusada del artículo 2 de la Ley 1821 de 201611 es contraria al principio de razonabilidad, al inaplicar la causal de terminación de la relación legal y reglamentaria prevista en el citado parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, ya que la decisión de incrementar la edad de retiro forzoso de 65 a 70 años pierde sustento constitucional, cuando se le permite al funcionario o empleado público seguir en el cargo, a pesar de haber satisfecho los requisitos para acceder y ser

beneficio de la pensión de vejez. Para comenzar, como se explicó con anterioridad, la disposición impugnada introduce la posibilidad de que la persona que ya tiene derecho a la pensión de vejez pueda continuar trabajando hasta llegar al tope máximo de edad fijado en la ley, si así lo decide voluntariamente. De suerte que, en la práctica, se volvió a incorporar en el ordenamiento jurídico la alternativa que en su momento fue prevista en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, conforme a la cual el servidor público puede retirarse para disfrutar de su derecho pensional o puede continuar en el servicio hasta llegar a la edad de retiro forzoso, con la carga de contribuir al Sistema Integral de Seguridad Social, en el caso en que acoja esta última opción.

Para poder hacer uso de esta alternativa necésariamente debía adoptarse por el legislador una determinación respecto de la aplicación de lo previsto en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, pues, en virtud de dicha disposición, como ya se explicó, se autorizó la terminación del servicio de los empleados o funcionarios del Estado que les sea reconocida una pensión de vejez y sean incluidos en nómica para su pago, con plena independencia de la causal referente a la edad de retiro forzoso.

Por razón de lo anterior, es que se decidió que dicha norma resulta inaplicable para quienes deciden voluntariamente continuar en el servicio, ya que de lo contrario el cambio realizado no surtiría efecto alguno. Textualmente, el precepto en mención dispone que: "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".

(...) En segundo lugar, la inaplicación del parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 responde a una finalidad legítima, que concuerda con los objetivos que justifican el aumento de la edad de retiro forzoso, básicamente en lo que atañe a la necesidad de permitir que las personas mayores puedan continuar desarrollando una vida laboral activa, como expresión del derecho al trabajo, con ocasión del aumento en la expectativa promedio de vida de la población, en el mayor envejecimiento de la misma y en la importancia de utilizar un recurso humano cualificado y dotado de una experiencia específica, que se conoce con el nombre de inteligencia depurada.

Nótese entonces que, en la actualidad la causal autónoma de retiro del servicio contenida en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 se inaplica para el trabajador que a la vigencia de la Ley 1821 de 2016 acceda o se encuentre en ejercicio de funciones públicas, quien tiene la prerrogativa de continuar prestando sus servicios hasta la edad de retiro forzoso."

De la citada jurisprudencia, podemos extractar las siguientes premisas:

Ley 1821 de 2016, además de modificar la edad de retiro forzoso de las personas que desempeñen cargos públicos, también estableció que quienes a su entrada en vigencia ejercieran funciones públicas podrían permanecer voluntariamente en sus empleos aunque hayan completado los requisitos.

El Decreto Compilatorio 648 de 2017 señala que 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 30 días después de que el 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, 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.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que habiendo causado el derecho a obtener la pensión de jubilación, podrá manifestar a su empleador su deseo de continuar en servicios. En caso de permanecer en servicio, deberá seguir contribuyendo al régimen de seguridad social integral, y no le será aplicable la causal de retiro contenida en el parágrafo 3° del artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

En caso que realice los trámites y acceda a la pensión, no será viable la opción de continuar prestando sus servicios, pues la Ley no permite esta doble situación de pensionado y servidor público (salvo algunas excepciones legales).

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 la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.

2 Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

3 Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

4 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: 2025-11-23 08:33:00