



Concepto 005601 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

2024600005601

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 2024600005601

Fecha: 04/01/2024 06:47:48 p.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPLEO. Estabilidad laboral reforzada. Edad de retiro forzoso. RAD. 20232061032012 del 22 de noviembre de 2023.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual plantea unos casos particulares sobre estabilidad laboral reforzada y edad de retiro forzoso, me permito dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

En primer lugar, es necesario indicarle que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016¹, 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.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares 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.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares. No obstante, a modo de información general respecto de la situación por usted planteada, le informo lo siguiente:

Sea lo primero señalar, que en lo que respecta al funcionario próximo a pensionarse, el Decreto 190 de 2003 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 790 de 2002" establece:

"Artículo 1°. Definiciones. Para los efectos de la Ley 790 de 2002 y del presente decreto, se entiende por:

(...)

1.5 Servidor próximo a pensionarse: Aquel al cual le faltan tres (3) o menos años, contados a partir de la promulgación de la Ley 790 de 2002, para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o de vejez" (Subrayado y resaltado fuera de texto).

Al respecto, el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Expediente No. 050012333000201200285-01, con ponencia del Doctor Gerardo Arenas Monsalve, mediante sentencia de fecha 29 de febrero de dos mil dieciséis (2016) señaló:

"Así pues, en tratándose de las personas próximas a pensionarse, la protección especial se ha venido concretando por la Corte Constitucional en las siguientes reglas jurisprudenciales con el fin de asegurar la estabilidad laboral reforzada en los procesos de reestructuración administrativa:

"4. En ese marco, el legislador profirió la ley 790 de 2002 previendo mecanismos especiales de estabilidad para los trabajadores o funcionarios que se verían particularmente afectados en los procesos de reforma institucional, como concreción de los mandatos contenidos en los incisos 3 y 4 del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 C.P.), las personas de la tercera edad (art. 46 C.P.), y las personas con discapacidad (art. 47 C.P.). Las medidas contenidas en la ley 790 de 2002 se conocen como retén social.

En la citada Ley, el Congreso de la República estableció, como ámbito de aplicación del retén social “los programas de renovación o reestructuración de la administración pública del orden nacional”; determinó que su finalidad es la de “garantizar la estabilidad laboral y el respeto a la dignidad humana para las personas que de hecho se encuentren en la situación de cabezas de familia¹², los discapacitados y los servidores públicos próximos a pensionarse.” (C-795 de 2009), prohibiendo su retiro del servicio; y fijó, como límite temporal de la protección, el vencimiento de las facultades extraordinarias conferidas al presidente mediante la citada ley.

(...)

En torno a la condición de sujeto prepensionado, la Corte delimitó el concepto para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador, en la sentencia C-795 de 2009:

“(i) [Definición de prepensionado:] (...) tiene la condición de prepensionado para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador a sujetos de especial vulnerabilidad, en el contexto de procesos de renovación de la administración pública, el servidor público próximo a pensionarse al cual le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”.

“(ii) El momento a partir del cual se [debe contabilizar] el parámetro temporal establecido para definir la condición de prepensionado (...) En relación con el (...) momento histórico a partir del cual se contabilizarían esos tres (3) años [previos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez], este debe adecuarse al nuevo contexto normativo generado por la expedición de la Ley

812 de 2003 y el pronunciamiento de la Corte efectuado en la sentencia C-991 de 2004 sobre esta norma. En ese nuevo marco, la jurisprudencia ha estimado que el término de tres (3) años o menos, debe contabilizarse a partir de la fecha en que se declara la reestructuración de la entidad de la administración pública”

“(iii) [sobre la extinción de la protección en el tiempo], es decir el lapso durante el cual es posible mantener la protección de estabilidad reforzada para las personas próximas a pensionarse, la jurisprudencia ha desarrollado un criterio uniforme aplicable a todos los grupos protegidos por la Ley 790 de 2002 (madres y padres cabeza de familia, discapacitados y prepensionados), consistente en que dicha protección solamente puede ser sostenida durante el tiempo por el cual se prolongue el proceso de liquidación, y hasta la extinción material y jurídica de la entidad sometida a dicho proceso”.

Bajo tal entendimiento, la Corte Constitucional ha precisado que el fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los “prepensionados” no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional, es decir, “opera para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público”; así las cosas, sostuvo que la mencionada estabilidad no solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad, o en el marco de los procesos de reestructuración de la Administración Pública (retén social), siendo estos casos, apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales involucrados por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse.

Es por lo anterior que la estabilidad laboral de los prepensionados se convierte en un imperativo constitucional en cada uno de los escenarios en que se materialice alguna de las causales que lleven al retiro del servicio, evento en el cual, será necesario efectuar un ejercicio de ponderación entre los derechos al mínimo vital e igualdad de los prepensionados y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de no afectar el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión.

Al respecto, la Subsección A de la Sección Segunda de la Corporación, ha sostenido que el simple hecho de estar próximo a consolidar el status pensional, con el cumplimiento de los requisitos legales, no produce un fuero de estabilidad relativa en el empleo de libre nombramiento y remoción; lo anterior, implica que en cada caso particular y concreto, será necesario que el nominador analice la situación en la que se encuentra el empleado, en aras de realizar una ponderación razonable, adecuada y proporcionada al momento de ejercer la facultad discrecional, con el fin de materializar el interés general del buen servicio público pero sin afectar la protección especial del personal próximo a ser pensionado.

(...)

De las consideraciones esbozadas, la Sala concluye lo siguiente:

a) La protección especial de estabilidad laboral conferida a quienes están próximos a consolidar el status pensional, es aplicable tanto a empleados en provisionalidad, como a empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera, respecto de cualquier escenario que materialice una causal objetiva de retiro del servicio.

b) Al ejercer la potestad discrecional de libre nombramiento y remoción, la administración deberá tener en cuenta que la protección especial de quienes están próximos a consolidar el status pensional es un imperativo constitucional, razón por la cual es necesario que el nominador realice un ejercicio de ponderación entre los derechos fundamentales de los pre pensionados (mínimo vital, igualdad, seguridad social) y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de tomar la decisión más “adecuada a los fines de la norma que la autoriza” y “proporcional a los hechos que le sirven de causa”¹⁷, buscando en lo posible, armonizar el ejercicio de la facultad discrecional del literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 con las disposiciones que consagran la protección especial de los sujetos que están próximos a pensionarse.

c) La protección especial en razón a la condición de sujeto "prepensionado", resulta aplicable siempre y cuando el servidor público esté próximo a pensionarse, es decir, le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez", por lo tanto, quien para la fecha de retiro del servicio ya tiene consolidado su estatus pensional, no se encuentra en la situación fáctica de sujeto prepensionable, aunque sí goza de otro tipo de garantía otorgada por el legislador para la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social, la cual se encuentra establecida en la Ley 797 de 2003, en su artículo 9, parágrafo 1, al establecer que los fondos encargados tienen el deber de reconocer la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho, motivo por el cual la persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión". (Subrayado y resaltado fuera de texto).

Así las cosas, conforme a la normativa y jurisprudencia citadas, la condición de prepensionado se adquiere y resulta aplicable, siempre y cuando el servidor público esté próximo a pensionarse, es decir, le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización, para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez.

Ahora bien, frente al retiro del servicio de empleados que ocupan cargos en provisionalidad, el Decreto 1083 de 2015, "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública", señala:

ARTÍCULO 2.2.5.3.4 Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados. (Subrayado y resaltado fuera de texto).

Conforme con la norma transcrita, La Honorable Corte Constitucional, mediante Sentencia SU-917 de 2010, con ponencia del Doctor Jorge Iván Palacio Palacio, además de determinar que el empleado provisional, debe conocer las razones por las cuales se le desvincula para efectos de que pueda ejercer su derecho de contradicción, expresa:

"En cuanto tiene que ver con el retiro de los servidores públicos, ante la vacancia en un empleo público las autoridades tienen la obligación de implementar los trámites para suplirlas a la mayor brevedad en los términos exigidos por la Carta Política. No obstante, como el procedimiento para la provisión definitiva puede tomar un tiempo (prudencial), el Legislador ha autorizado, como medida transitoria y por supuesto excepcional, la vinculación mediante provisionalidad

La provisionalidad es una forma de proveer cargos públicos "cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal". Ha sido concebida como mecanismo excepcional y transitorio para atender las necesidades del servicio, cuyo objetivo es asegurar el cumplimiento de los principios de eficiencia y celeridad evitando la paralización de las funciones públicas mientras se surten los procedimientos ordinarios para suplir una vacancia (en particular el concurso de méritos para empleos de carrera), lo que sin embargo "no exime a las autoridades nominadoras de la obligación de verificar el cumplimiento de los requisitos del cargo".

En cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas

(...)

En síntesis, la Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión.

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria "u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto" (Subrayado y resaltado fuera de texto).

En ese orden de ideas, los empleados públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, que el acto administrativo por medio del cual se efectúa su desvinculación, debe encontrarse motivado, es decir, contener las razones de la decisión; lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad, para efectos de que el empleado pueda ejercer igualmente su derecho de contradicción.

Así las cosas, conforme lo expresa la Corte Constitucional, los nombramientos provisionales, podrán ser terminados de acuerdo con las siguientes causales:

Como resultado de una sanción de tipo disciplinario. Cuando el cargo respectivo se vaya a proveer por utilización de lista de elegibles obtenida a través de concurso de méritos. Cuando existan razones específicas atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto y que ameriten una calificación insatisfactoria.

Por tal razón, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, debe adelantarse mediante acto motivado, donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la

imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando, a fin de que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula y pueda ejercer su derecho de contradicción.

En este mismo orden de ideas, encontramos que la ley 2040 de 2020², referente a la protección del funcionario que se encuentra en calidad de prepensionado, establece:

“ARTÍCULO 8°. Protección en caso de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos. Las personas a las que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez, que hagan parte de las plantas de las entidades públicas en nombramiento provisional o temporal y que, derivado de procesos de

reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos públicos a través de concursos de mérito, deberían ser separados de sus cargos, serán sujetos de especial protección por parte del Estado y en virtud de la misma deberán ser reubicados hasta tanto adquieran los requisitos mínimos para el acceso al beneficio pensional”. (Subrayado y resaltado fuera de texto).

Conforme con lo anterior, en los casos de rediseño institucional en los que se deban suprimir cargos, o en los casos de la provisión definitiva de los empleos a través del concurso de mérito, los empleados provisionales o los temporales que sean pre pensionados, deberán ser reubicados hasta tanto adquieran los requisitos mínimos para el acceso al beneficio pensional.

En este sentido, frente a los nombramientos por concurso, 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” establece:

“ARTÍCULO 23. CLASES DE NOMBRAMIENTOS. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley”.

(...)

ARTÍCULO 29. CONCURSOS. La provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa se hará mediante procesos de selección abiertos y de ascenso los cuales adelantará la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad en la que esta delegue o desconcentre la función.

En los procesos de selección o concursos abiertos para ingresar a la carrera podrán participar las personas que acrediten los requisitos y condiciones requeridos para el desempeño de los empleos. (...). (Subrayado y resaltado fuera de texto).

De esta manera, se tiene que la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa, se realizará mediante procesos de selección abiertos y de ascenso, los cuales adelantará la Comisión Nacional del Servicio Civil, o la entidad en la que esta delegue o desconcentre la función; así mismo, se indica que los concursos para proveer los empleos públicos, serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño y no se encuentren inhabilitadas.

En este orden de ideas, quienes cumplan con los requisitos de ley y aquellos establecidos en el manual específico de funciones que tenga adoptado la entidad, podrán ser designados en empleos clasificados como de carrera administrativa, previa superación del concurso de méritos y del respectivo período de prueba.

Así las cosas, los nombramientos provisionales, se constituyen en un mecanismo de carácter excepcional y transitorio, que permite proveer temporalmente un empleo de carrera administrativa, con personal que no fue seleccionado mediante el sistema de mérito; el cual se fundamentará en las causales específicamente señaladas en la norma, siempre que no existan empleados de carrera que cumplan con los requisitos para ser encargados.

Ahora bien, en desarrollo de la Ley 2040 de 2020 anteriormente enunciada, el Gobierno nacional, expidió el Decreto 1415 del 04 de noviembre de 2021³, modificando el Decreto 1083 de 2015⁴, en aspectos tales como la protección laboral de quienes ostentan la calidad de prepensionados, determinando al respecto:

“ARTÍCULO 1. Modificar el artículo 2.2.12.1.2.2 del Decreto 1083 de 2015, el cual quedará así:

“ARTÍCULO 2.2.12.1.2.2. Trámite. Para hacer efectiva la estabilidad laboral de que trata el artículo anterior, los organismos y entidades que modifiquen sus plantas de personal permanente o temporal respetarán las siguientes reglas:

Acreditación de la causal de protección:

(...)

d) Personas próximas a pensionarse: Sin perjuicio de que el servidor público que considere encontrarse en este grupo adjunte los documentos

que acreditan la condición que invoca, los jefes de personal o quienes hagan sus veces deben verificar que a los servidores que puedan encontrarse en estas circunstancias en efecto les falten tres (3) años o menos para reunir los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez, y expedir constancia escrita en tal sentido.

El jefe del organismo o entidad deberá verificar la veracidad de los datos suministrados por el destinatario de la protección.

Aplicación de la protección especial:

Con base en las certificaciones expedidas por los jefes de talento humano o quienes hagan sus veces y en las valoraciones del tipo de limitación previstas en el numeral anterior, el secretario general de la respectiva entidad analizará, dentro del estudio técnico correspondiente a la modificación de la planta de personal permanente o temporal y teniendo en cuenta la misión y los objetivos del organismo o entidad, el cargo del cual es titular el servidor público que se encuentra en alguno de los grupos de la protección especial y comunicará a los jefes de la entidad respectiva los cargos que de manera definitiva no podrán ser suprimidos o las personas a quienes se les deberá respetar la estabilidad laboral.

En caso de supresión del organismo o entidad, la estabilidad laboral de los servidores públicos que demuestren pertenecer al grupo de protección especial de que trata el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, se mantendrá hasta la culminación del proceso de supresión o liquidación. La garantía para los servidores próximos a pensionarse deberá respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez.

(...)

"ARTÍCULO 3. Adicionar el artículo 2.2.12.1.2.5 al Decreto 1083 de 2015, el cual quedará así:

"ARTÍCULO 2.2.12.1.2.5. De la reubicación para los servidores públicos prepensionados. En cumplimiento de la protección especial en caso de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos, los servidores públicos que les falten (3) tres años o menos para obtener la pensión de jubilación o vejez y no puedan continuar en el ejercicio de su cargo por razones de reestructuración o provisión definitiva, deberán ser reubicados como lo señala el artículo 8 de la Ley 2040 de 2020 hasta tanto cumplan con los requisitos para obtener el beneficio pensional. Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 2.2.12.1.2.2.". (Subrayado y resaltado fuera de texto).

En este orden de ideas, podemos inferir, que de acuerdo con la protección especial establecida en el Decreto 1083 de 2015⁵, no podrán ser retirados del servicio, quienes ostenten la calidad de empleados prepensionados, hasta tanto cumplan con los requisitos para obtener el beneficio pensional; sin embargo, es importante tener en cuenta, que para poder efectivizar dicha protección, según lo dispone el Decreto 1415 de 2021⁶, el empleado que considere acreditar los requisitos para la misma, deberá adjuntar los documentos que así lo constaten y aportar la correspondiente solicitud para el efecto; de esta forma, los jefes de la unidad de personal o quienes hagan sus veces, verificarán tal situación y de encontrarla acorde a la solicitud, expedirán constancia validando la documentación aportada.

Continuando con el tema materia de consulta, en lo referente a la edad de retiro forzoso, la Ley 1821 de 2016⁷ señala:

"ARTÍCULO 10. 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 10 del Decreto-ley 3074 de 1968". (Resaltado y subrayado fuera de texto).

De esta manera, a través de la norma transcrita, se amplía de 65 a 70 años la edad máxima para desempeñar funciones públicas en el Estado, para aquellos 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 1968⁸, modificado por el Artículo 1 del Decreto-Ley 3074 de 1968⁹.

En este sentido, sobre la aplicación de la Ley 1821 de 2016 antes enunciada, el Gobierno Nacional, elevó consulta al Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, pronunciándose el día 8 de febrero de 2017, bajo radicado 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 parágrafo 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). [...] (Subrayas y resaltado fuera de texto).

Así las cosas, 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.

De igual manera la ley 909 de 2004¹⁰, sobre el tema motivo de la presente consulta señala:

"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:

(...)

g) Por edad de retiro forzoso;" (Subrayado y resaltado fuera de texto).

Así mismo, el Decreto 1083 de 2015, único reglamentario de la Función Pública expresa:

"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" (Subrayas y resaltado fuera de texto)

De esta manera, conforme a lo expuesto y respondiendo a su consulta, tenemos como primera medida, que los servidores en provisionalidad, se encuentran gozando de una "estabilidad laboral relativa"; sin embargo y tratándose de empleados que se encuentran bajo una condición especial, como la calidad de prepensionado (les faltan 3 o menos años para pensionarse), deberán ser tenidos en cuenta por parte de la administración, disponiendo que sean las últimas en ser removidas de su cargo; y en todo caso, en la medida de las posibilidades, y conforme a lo estipulado en el artículo 8 de la Ley 2040 de 2020¹¹, reubicarlos en forma provisional, en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, hasta que cumplan con los requisitos para obtener el beneficio pensional.

Ahora bien, en lo referente al funcionario que desee continuar ejerciendo su cargo hasta la edad de retiro forzoso (70 años), deberá así manifestarlo ante la administración, preferiblemente de manera escrita, ya que como se enunció anteriormente y conforme a lo establecido en el parágrafo 3° del Artículo 9° de la Ley 797 de 2003, " (...) 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"; de tal manera que si no existe manifestación por parte del empleado, el mismo podrá ser incluido en nómina de pensionados después de que la administradora de pensiones así lo notifique a su empleador, y por ende, dársele terminación a su vinculación, debe anotarse que, en caso de que el empleado que se acoja a la edad de retiro forzoso, al ya contar con el tiempo requerido para adquirir el derecho a la pensión, no se encontrará dentro de la población con protección especial y su retiro podrá ser motivado teniendo en cuenta los lineamientos expuestos.

Finalmente, las medidas que deban adelantarse al respecto, deberán ser determinadas directamente por la entidad, atendiendo la autonomía que se predica de la administración de su personal y por cuanto es quien conoce en última instancia la situación real de los mismos; procurando de esta manera y del análisis que del caso se realice, salvaguardar al servidor en sus derechos, por encontrarse en una situación especial.

Si requiere profundizar en otro tema en particular relacionado con las políticas de empleo público y directrices para integración de los planes institucionales y estratégicos al servicio de la Administración Pública, le invitamos a visitar nuestro Gestor Normativo en el siguiente vínculo de la internet <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Técnica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Alessandro Saavedra Rincón.

Revisó.Maia Borja.

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 adoptan medidas para impulsar el trabajo para adultos mayores y se dictan otras disposiciones

3 Por medio del cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015 en lo relacionado a la Protección en caso de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos para el personal que ostenten la condición de prepensionados

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

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

6 Por medio del cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015 en lo relacionado a la Protección en caso de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos para el personal que ostenten la condición de prepensionados

7 Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas.

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

9 Por el cual se modifica y adiciona el Decreto número 2400 de 1968.

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

11 Por medio de la cual se adoptan medidas para impulsar el trabajo para adultos mayores y se dictan otras disposiciones

Fecha y hora de creación: 2025-02-12 11:14:56