



Concepto 123871 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000123871

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000123871

Fecha: 04/03/2024 10:58:21 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO Edad de retiro forzoso. Empleados públicos universidades Radicado N° 20242060090792 del 30 de enero del 2024.

¿Es procedente la desvinculación de los servidores públicos que cumplió sus requisitos pensionales, en edad de retiro forzoso, debido a su situación médica e imposibilidad de cumplir sus funciones?

¿De ser procedente la desvinculación, favor indicar el procedimiento a seguir para efectuar tal proceso?

¿Es procedente adelantar de manera oficiosa por parte de la Universidad de La Guajira los trámites pertinentes tendientes a lograr la pensión de estos servidores públicos, teniendo en cuenta que ya existe por parte de los mismos cumplimientos de los requisitos exigidos por la ley (tiempo - semanas cotizadas)?

En primer lugar, es importante señalar 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, razón por la cual la resolución de los casos particulares le 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.

En el mismo sentido se aclara que es la Entidad la competente para determinar si se procede o no con el retiro del servicio de la funcionaria de acuerdo con lo establecido en la ley y la jurisprudencia.

1.- Autonomía universitaria.

Precisado lo anterior, y con el fin de dar respuesta a su consulta, se considera procedente indicar que, el artículo 69 de la Constitución Política de Colombia consagra:

Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley.

La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado (...).

La Constitución Política ha reconocido a las universidades la autonomía, en virtud de la cual tienen el derecho a regirse por sus estatutos. Es decir, el régimen especial de los entes universitarios es de origen constitucional.

El legislador, en cumplimiento del mandato constitucional, expidió la Ley 30 de 1992, "Por la cual se organiza el servicio público de Educación Superior". El artículo 28 de la citada Ley señala:

La autonomía universitaria consagrada en la Constitución Política de Colombia y de conformidad con la presente Ley, reconoce a las universidades el derecho a darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos y adoptar sus correspondientes regímenes y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional (Subrayado fuera de texto).

El artículo 57 de la citada Ley se refiere a la organización del personal docente y administrativo, en los siguientes términos:

Las universidades estatales u oficiales deben organizarse como entes universitarios autónomos, con régimen especial y vinculados al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y la planeación del sector educativo.

Los entes universitarios autónomos tendrán las siguientes características: personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independiente y podrán elaborar y manejar su presupuesto de acuerdo con las funciones que le corresponden.

El carácter especial del régimen de las universidades estatales y oficiales comprenderá la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero y el régimen de contratación y control fiscal, de acuerdo con la presente ley (...) (Subrayado fuera de texto).

En ese orden de ideas, las universidades en virtud de su autonomía y carácter especial, tienen el derecho a darse y modificar sus estatutos y adoptar sus correspondientes regímenes, lo cual comprende la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional.

Por su parte, el artículo 65 de la citada Ley 30 de 1992 establece como funciones del Consejo Superior Universitario, las siguientes:

(...)

a). Definir las políticas académicas y administrativas y la planeación institucional.

b). Definir la organización académica, administrativa y financiera de la Institución.

c). Velar porque la marcha de la institución esté acorde con las disposiciones legales, el estatuto general y las políticas institucionales.

d). Expedir o modificar los estatutos y reglamentos de la institución.

e). Designar y remover al rector en la forma que prevean sus estatutos.

f). Aprobar el presupuesto de la institución.

g). Darse su propio reglamento.

h). Las demás que le señalen la ley y los estatutos.

PARÁGRAFO. *En los estatutos de cada universidad se señalarán las funciones que puedan delegarse en el Rector.*

De acuerdo con la norma, es función del Consejo Superior Universitario expedir o modificar los estatutos y reglamentos de la universidad.

En relación con la determinación de las inhabilidades, la citada Ley 30 de 1992 determina lo siguiente:

ARTÍCULO 79. *El estatuto general de cada universidad estatal u oficial deberá contener como mínimo y de acuerdo con las normas vigentes sobre la materia, los derechos, obligaciones, inhabilidades, situaciones administrativas y régimen disciplinario del personal administrativo.*

De acuerdo con la ley, el estatuto general de cada universidad estatal u oficial deberá contener entre otras, derechos, obligaciones, inhabilidades y régimen disciplinario del personal administrativo.

En ese sentido, la universidad se encuentra facultada para establecer sus estatutos y, dentro de la reglamentación deberá determinar lo relacionado con la elección y período de permanencia del rector o de los miembros del consejo superior, así como las inhabilidades para acceder a los mismos.

2.- Retiro forzoso servidores públicos.

Debe tenerse en cuenta que, de manera general, se tiene que a partir del 30 de diciembre de 2016 entró en vigencia la Ley 1821 de 2016, 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. *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 parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

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 1968¹.

En adición a lo anterior, el artículo 123 de la Constitución Política, dispone:

ARTÍCULO 123.- Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

En criterio de este Departamento, servidor público es toda persona natural que mediante relación de trabajo y bajo continuada dependencia y subordinación ejerce funciones públicas en forma permanente o temporal a una entidad estatal, atribuidas al cargo o la relación laboral y que constan en la Constitución Política, la ley o el reglamento o le son señaladas por autoridad competente. También son servidores públicos los trabajadores oficiales, los de elección popular y período fijo.

De conformidad con las normas anteriormente citadas, se puede deducir que la anterior normativa aplica a los servidores públicos vinculados en las universidades estatales, como es el caso de los empleados públicos.

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 2016, radicación núm. 2326, señalando lo siguiente:

Debe recordarse, además, que si bien la intención inicial de quienes presentaron el respectivo proyecto de ley, era la de aumentar la edad de retiro forzoso hasta los 70 años únicamente para ciertos servidores públicos (los que ocuparan cargos "directivos o decisoriales"), manteniendo para los demás la misma edad de retiro forzoso que se encontraba vigente (65 años), esta orientación fue modificada consciente y expresamente a partir del tercer debate del proyecto (primer debate en el Senado de la República), por sugerencia del Ministerio de Hacienda y por solicitud de varios senadores, en el sentido de extender la nueva edad de retiro forzoso a todas las personas que cumplieran funciones públicas, es decir, tanto los servidores públicos como los particulares que ejercieran funciones públicas en forma permanente, con las salvedades que más adelante se incorporaron en el segundo inciso del artículo 1 de dicha iniciativa.

No es posible concluir, por lo tanto, desde un punto de vista lógico-sistemático ni desde una perspectiva histórica y finalista, que a partir de la expedición de la Ley 1821 de 2016, algunos servidores públicos hayan quedado sometidos a la nueva edad de retiro forzoso (70 años), mientras que otros sigan estando sujetos a la edad de retiro anterior (65 años).

(...)

En ninguna parte de los antecedentes de la ley consta que con ella se hubiese pretendido eximir de esta causal de retiro forzoso a determinados servidores públicos o a particulares que cumplieran funciones públicas y que, de acuerdo con la normatividad anterior, estuvieran sujetos a esta modalidad de retiro.

(...)

En esa medida, la única conclusión que, a juicio de la Sala, resulta fiel a los antecedentes de la norma (interpretación histórica), a la finalidad perseguida con la Ley 1821 de 2016 (interpretación teleológica), a las otras partes de la misma ley, empezando por el artículo 1 en su integridad (interpretación sistemática), y a la jurisprudencia constitucional sobre este tema (interpretación constitucional), es que el citado inciso eximió de la causal de retiro forzoso por edad (la de 70 años o cualquier otra) a los servidores públicos de elección popular y a aquellos que señala el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, tal como fue modificado por el artículo 1 del Decreto 3074 del mismo año, es decir, quienes ocupen los cargos de "Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados" de estos funcionarios.

Por lo anterior, esta Dirección considera que la citada Ley es aplicable a servidores públicos o a particulares que cumplieran funciones públicas y que, de acuerdo con la normatividad anterior, estuvieran sujetos a esta modalidad de retiro.

Por otra parte, en relación con los empleados que continúan 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 conclusión, 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 podrán permanecer voluntariamente en sus cargos hasta los 70 años de edad, y la administración deberá 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.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto nos permitimos dar respuesta a cada uno de sus interrogantes:

¿Es procedente la desvinculación de los servidores públicos que cumplió sus requisitos pensionales, en edad de retiro forzoso, debido a su situación médica e imposibilidad de cumplir sus funciones?

La edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas de 65 a 70 años, por consiguiente, se entenderá modificada la edad de retiro forzoso de 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, así como a los docentes universitarios.

¿De ser procedente la desvinculación, favor indicar el procedimiento a seguir para efectuar tal proceso?

Esta Dirección Jurídica concluye que el empleado público que haya cumplido los 70 años se encuentra en incompatibilidad para continuar ejerciendo su cargo, por consiguiente, la entidad debe proceder a retirarlo del servicio.

¿Es procedente adelantar de manera oficiosa por parte de la Universidad de La Guajira los trámites pertinentes tendientes a lograr la pensión de estos servidores públicos, teniendo en cuenta que ya existe por parte de los mismos cumplimientos de los requisitos exigidos por la ley (tiempo - semanas cotizadas)?

Esta Dirección Jurídica concluye que el empleado público que haya cumplido los 70 años se encuentra en incompatibilidad para continuar ejerciendo su cargo, por consiguiente, la entidad debe proceder a retirarlo del servicio.

Para más información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y aplicables a su consulta, 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.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Jenny Mendoza

Revisó. Harold Herreño

Aprobó. Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

Decreto 321 de 2017 "Por el cual se corrigen unos yerros en 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".

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:24:10