



Concepto 314441 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000314441

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000314441

Fecha: 07/05/2024 08:04:43 a.m.

Bogotá D.C.

REF: RETIRO DEL SERVICIO- Edad de retiro forzoso. RAD. 20249000272392 de fecha 28 de marzo de 2024.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual nos consulta sobre la edad de retiro forzoso para un empleado en provisionalidad, le informo lo siguiente:

Al respecto es necesario indicarle primero, 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 no es de su competencia pronunciarse sobre los procedimientos internos de una entidad pública.

Por tanto, la resolución de los casos particulares, corresponderá en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

De ésta manera; no es de nuestra competencia intervenir en situaciones particulares, declarar ni negar derechos; intervenir en situaciones internas de las entidades, actuar como ente de control, investigación, o seguimiento, ni señalar los procedimientos o las implicaciones legales derivadas de sus actuaciones, como tampoco realizar ni revisar las liquidaciones de las prestaciones sociales de los servidores, razón por la cual dichas operaciones deben ser realizadas al interior de las entidades públicas, de acuerdo con las competencias establecidas en los manuales de funciones respectivos. No obstante,

respecto a su consulta y a modo de información general, me permito darle respuesta de la siguiente manera:

Como primera medida, la Ley 1821 de 2016², referente a la edad máxima de retiro forzoso señala:

"ARTÍCULO 1. Artículo corregido por el artículo 1 del Decreto 321 de 2017. El nuevo texto es el siguiente: 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.

Inciso CONDICIONALMENTE exequible> 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". (Resaltado y subrayado fuera de texto).

De esta manera, a través de la norma trascrita, 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 1968, modificado por el Artículo 1 del Decreto-Ley 3074 de 1968.

En igual sentido, el Decreto 1083 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de 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 tuvieren 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).

Por lo tanto, a partir de la expedición de la Ley 1821 antes enunciada, la edad de retiro forzoso es de 70 años y para hacer efectiva la misma, se requiere la manifestación voluntaria del empleado de permanecer en el cargo.

Precisamente el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, mediante sentencia 2018-01750 de 2019, con ponencia de la Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, al referirse a la aplicación del artículo 1, de la Ley 1821 de 2016³ expresó:

"La disposición transcrita se aplica a «las personas que desempeñen funciones públicas», es decir, en principio a todos los servidores públicos de todas las ramas del poder público, con excepción de «los funcionarios de elección popular», y también «los mencionados en el Artículo 29 del Decreto-ley 2400 de 1968, modificado por el Artículo 1 del Decreto-ley 3074 de 1968», que alude a quienes prestan al Estado servicios ocasionales como los peritos obligatorios, los jurados de votación, los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra, considerados por la ley como meros auxiliares de la administración pública.

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

En la aplicación de la regla de la desvinculación por el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, la Corte Constitucional ha establecido en sede de tutela una regla según la cual «la aplicación de las normas que establecen el retiro forzoso como causal de desvinculación debe hacerse de forma razonable, valorando las circunstancias especiales de cada caso, para evitar la vulneración de derechos fundamentales». Por consiguiente, de acuerdo con este criterio del máximo tribunal constitucional, al momento de desvincular a una persona que ha cumplido la edad de retiro forzoso, la entidad debe evaluar si la persona ha logrado garantizar el derecho fundamental al mínimo vital

Ahora bien, en sede de constitucionalidad, el mismo órgano de cierre al decidir una demanda contra el Artículo 31 del Decreto-Ley 2277 de 1979, por el cual se establecía el derecho a la permanencia en el servicio del docente oficial mientras que no hubiere sido excluido del escalafón o alcanzare la edad de 65 años para su retiro forzoso, únicamente controvirtiéndose este último inciso, consideró que dicha causal reforzaba la efectividad del principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos y no atentaba prima facie contra el mínimo vital, en tanto el retiro de los empleados se compensaba por el derecho que adquirían para disfrutar de la pensión de vejez, por lo que declaró la equidad de la expresión acusada mediante la sentencia C-563 de 1997

Así las cosas, es necesario analizar al momento de su desvinculación si el funcionario no había logrado el reconocimiento de una pensión que garantizara su derecho al mínimo vital y tampoco cuenta con otra fuente de ingresos que le permita satisfacer sus necesidades básicas, entendido de manera amplia, lo cual «comprende lo correspondiente a la satisfacción de las necesidades básicas de la persona o de su grupo familiar para su subsistencia, como también lo necesario para garantizarle una vida en condiciones dignas». En este mismo sentido, la Corte ha señalado que se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana cuando «el Estado, pudiéndolo hacer, ha

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

Para efectos de la valoración de la afectación al mínimo vital, el juez deberá tener en cuenta, por lo menos, los siguientes criterios:

Criterio económico. Consiste en evaluar (a) si el salario es el único ingreso del trabajador; (b) si éste tiene bienes o propiedades que puedan servirle para satisfacer sus necesidades básicas; (c) si su salario permite proyectar unos ahorros razonables mientras el trabajador obtiene su pensión; (d) si los ingresos actuales permiten o no sufragar los gastos del núcleo familiar y (e) si el trabajador tiene deudas contraídas tiempo atrás. Criterio laboral. Consiste en evaluar (a) cuál es el vínculo laboral que tiene el empleado con la entidad (empleado de carrera, libre nombramiento y remoción, etc.) y (b) cuál es la profesión o

trabajo que desempeña el accionante, pues el juez debe considerar *prima facie* las probabilidades de que el trabajador vuelva a ingresar al mercado laboral.»

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

De acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado, las disposiciones de la Ley 1821 de 2016 se aplican a “*las personas que desempeñen funciones públicas*” es decir, a todos los servidores públicos de todas las ramas del poder público.

En este orden de ideas y respondiendo puntualmente su interrogante, podrán acogerse a la edad de retiro forzoso, las personas que desempeñen funciones públicas como los empleados con nombramiento provisional.

Ahora, no debe olvidarse frente al particular, las disposiciones relativas a la terminación de un nombramiento provisional, contenidas en el mencionado Decreto 1083 de 2015, así:

“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)

De acuerdo con la normativa transcrita, se tiene que el retiro de un empleado nombrado en provisionalidad, deberá efectuarse mediante acto administrativo motivado.

Frente al particular, se considera procedente tener en cuenta los pronunciamientos que ha efectuado la Corte Constitucional, entre otras, en sentencia T-326 del 3 de junio de 2014, al referirse a la estabilidad del empleado vinculado con carácter provisional, en la cual señaló:

“Los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe 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” (Subrayado y resaltado fuera de texto)

En este mismo sentido, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en Sentencia SU-917 de 2010, al pronunciarse sobre el retiro de los empleados provisionales, señaló:

“El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del Artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión,

cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente” en el acto administrativo que declara la insubstancialidad o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y

concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicen directamente de quien es desvinculado". En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, "para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión.

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubstancia 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".

Con todo, la Corte debe insistir en que la necesaria motivación de los actos administrativos no puede conducir, en la práctica, a equiparar a los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentren en carrera. Tal equiparación terminaría por ser, paradójicamente, contraria al espíritu de la Constitución de 1991 en materia de función pública. Siendo ello así, la motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad. Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, "la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados" (Subrayado y resaltado fuera de texto)

De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, y el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-917 de 2010, la terminación del nombramiento provisional, procede por acto motivado y sólo es admisible una motivación donde la insubstancia 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 empleado.

Por lo tanto, conforme a lo expuesto y respondiendo a su consulta, podemos determinar que el servidor nombrado en provisionalidad, podrá acogerse a la edad de retiro forzoso; sin embargo y teniendo en cuenta la jurisprudencia y normativa que regula la materia, el nominador, mediante acto administrativo motivado, se encuentra facultado para dar por

terminado el nombramiento, por las causales determinadas por la jurisprudencia, aun cuando el empleado se haya acogido a la edad de retiro forzoso.

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.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Alessandro Saavedra Rincón

Revisó. Maia Borja.

NOTAS DE PIE DE PAGINA

Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas. 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 00:16:54