

**Función Pública**

Concepto 308321 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000308321*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000308321

Fecha: 02/05/2024 11:33:53 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: RETIRO DEL SERVICIO. EDAD DE RETIRO FORZOSO – RADICADO: 20242060280512 del 3 de abril de 2024.

Acuso recibo de su comunicación, a través de la cual consulta: “(...) Soy gerente de una empresa de servicios públicos mixta, y en nuestra planta de personal hay un señor que este año cumple 70 años, específicamente el 21 de agosto de 2024. La consulta radica en si a esta empresa que se rige por el derecho privado, le aplica la ley 1821 de 2016, sobre el retiro forzoso. El trabajador en mención no puede acceder al derecho de pensión, dado que lleva apenas el 50% de las semanas cotizadas al fondo de pensiones. La vinculación del trabajador se hizo para laborar como celador de una Planta de sacrificio de ganado que administra la empresa y la misma se cerrará el próximo 29 de febrero de 2024, por razones de tipo económico”.

Me permito darle respuesta, teniendo en cuenta el artículo 123 de la Constitución Política establece:

“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”

Por su parte, la Ley 489 de 1998¹ sobre las entidades descentralizadas dispone:

“Artículo 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

Del Sector Central:

(...)2. Del Sector descentralizado por servicios:

Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;

Parágrafo 1. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

¿(...) Artículo 68. Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

¿(...) Parágrafo 1.- De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial.

¿(...) Artículo 97.- Sociedades de economía mixta. Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

(...) Las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen.

Parágrafo. - Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado” (Subraya propia)

De conformidad con el parágrafo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, sólo en el evento en que el Estado tenga una participación en el capital social de la empresa superior al 90%, su régimen será el de una Empresa Industrial y Comercial del Estado. Las cuales según el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968 sus trabajadores tienen la calidad de Trabajadores Oficiales. Sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

Para las demás sociedades de economía mixta, esto es, aquellas que tienen una participación del Estado del 89.99% en el capital o un porcentaje inferior a este se rigen en su actividad comercial y en sus vinculaciones laborales por las disposiciones del derecho privado, lo que significa que sus trabajadores se rigen por las disposiciones del Código Sustantivo de Trabajo.

La Ley 1821 de 2016², corregida por el Decreto 321 de 2017, establece:

“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 29 del Decreto-ley 2400 de 1968, modificado por el artículo 1 del Decreto-Ley 3074 de 1968”.

Por otra parte, el Decreto 1083 de 2015³ Único reglamentario del sector función pública establece:

“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”.

Por lo tanto, a partir de la expedición de la Ley 1821, 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.

Ahora bien, en cuanto al ámbito de aplicación de la Ley ibídem tenemos que hace referencia que la edad de retiro forzoso será para aquellos empleados que desempeñan funciones públicas. Del mismo modo sobre el concepto de la función pública Pacheco Reyes Ronald⁴ en su artículo publicado por la Universidad Externado de Colombia establece:

Algunas aclaraciones sobre el concepto de función pública

¿La relación conceptual función administrativa/servicio público está interconectada con el concepto función pública. Con el ánimo de determinar cómo se articulan estas nociones, la jurisprudencia y la doctrina destacan un doble entendimiento del concepto de función pública: uno cercano al empleo público²¹ y otro ligado al ejercicio del poder estatal en sentido general²². Pero, aunque se perfilen estas dos diversas perspectivas, es importante tener en cuenta que en ciertos niveles abstractos ambos sentidos de la función pública difícilmente pueden separarse²³.

¿En todo caso, es posible plantear hipótesis para ilustrar los posibles usos del concepto. Por ejemplo, al legislador o a un operador jurídico le puede interesar si un efecto es -o no- el resultado de una acción imputable al Estado en general, no de un órgano público específico. En este evento puede ser adecuado el uso del concepto de función pública en sentido amplio, como acción del poder estatal²⁴. En otras hipótesis, puede no haber duda del carácter estatal de una competencia, lo que se busca determinar es a cuál de los distintos órganos debe atribuirse tal competencia, por tal razón, en estos supuestos será relevante encontrar las diferencias entre la función pública, en sentido amplio, y otras funciones estatales. Un tercer supuesto relacionado con un contenido preciso es el uso equiparable al empleo público, acá, el concepto función pública sirve para identificar la actividad que desarrollan los servidores del Estado y el régimen al que se someten²⁵. ¿

¿Ahora, el hecho de que sea posible -y en cierta medida útil- identificar distintos usos del concepto de función pública, no debe llevar a desconocer la existencia de algunos casos que desafían estas separaciones nítidas y que, por el contrario, exigen una actitud rigurosa y una perspectiva sistémica de más de un concepto jurídico clave y del derecho administrativo en general. Estas dificultades justifican y requieren marcos de análisis que -más allá de los abordajes descriptivos del conjunto de entes de la Administración pública- planteen explicaciones para comprender la forma en la que el Estado se organiza como mecanismo para identificar propósitos, tareas, órganos, estructuras y herramientas para adaptarse a las realidades concretas de cada sociedad²⁶.

Pero aun siendo conscientes de los distintos usos que pueda tener el concepto función pública en el derecho colombiano, se presentan dificultades adicionales, por un lado, cuando no hay acuerdo en el sistema jurídico sobre el significado de los conceptos que utilizan los operadores del derecho (v. g. función administrativa, función judicial, servicio público) y, por otro lado, cuando aparecen ciertas actividades complejas -como la prestación de servicios públicos- que por sí mismas ocasionan dudas respecto de su naturaleza jurídica. Sobre esto se ha cuestionado, ¿equivale la prestación de servicios públicos al ejercicio de función administrativa?

Las posiciones de la jurisprudencia y la doctrina sobre la relación de los conceptos función administrativa y servicio público, y la tesis mayoritaria

La pregunta anterior ha sido abordada desde tres perspectivas: la de la jurisprudencia constitucional (1.2.1), la de lo contencioso administrativo (1.2.2) y la perspectiva de la doctrina iusadministrativista (1.2.3). Acá, se describirán tales posturas aclarando que, en todo caso, no se modificará la forma en la que los conceptos (función pública y función administrativa) han sido utilizados por cada una de las perspectivas, razón por la cual es importante que no se pierda de vista la aclaración presentada en el numeral anterior.

¿En las providencias, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, es posible observar que se evidencia un uso de los conceptos función administrativa y función pública como sinónimos, con las consecuencias problemáticas que de ello pueden derivarse²⁷. De otro lado, parece existir acuerdo sobre la presencia de un -denominado- nuevo concepto jurídico o modelo de servicio público en Colombia, distinto del servicio público "a la francesa" que, a su vez, se distingue del concepto de función administrativa. Aunque también se pueden ver algunas posiciones que parecen restarle claridad a este acuerdo. (Negrilla y subrayado nuestro, fuera del texto original).

En ese orden de ideas, en criterio de esta dirección jurídica el trabajador oficial es destinatario de las disposiciones señaladas sobre retiro forzoso, en consecuencia, una vez llegue a los 70 años debe ser retirado.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, 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 imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Jorge González

Revisó: Maía Borja

Aprobó: Armando López.

NOTAS DE PIE DE PAGINA

Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones". Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas". Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública". Pacheco Reyes, Ronald, "Los conceptos de función administrativa y servicio público en la jurisprudencia y en la doctrina iuspublicista colombiana", Revista digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, n.º 26, 2021, pp. 1148. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n26.02>".

Fecha y hora de creación: 2025-12-05 07:46:34