



Concepto 43111 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000043111

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000043111

Fecha: 14-02-2019 10:27 am

Bogotá D.C.

REFERENCIA. RETIRO DEL SERVICIO. Del empleado que cumple 65 años y aún no ha adquirido la pensión de vejez. Radicado. 2019-206-000053-2 del 2 de enero de 2019

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, relacionada con el retiro del servicio de un empleado que cumplió 65 años con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley [1821](#) de 2016, pero aún no ha recibido su pensión de jubilación, toda vez que la misma se encuentra en trámite por parte del fondo de pensiones al que se encuentra afiliado. Así mismo, señala que el empleado objeto de consulta padece una discapacidad que le exige ausentarse diariamente dentro de su jornada laboral.

Al respecto me permito manifestarle lo siguiente:

De conformidad con el Decreto [430](#) de 2016, 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.

Es importante precisar que las competencias relativas a establecer las directrices jurídicas para la aplicación de las normas por parte de la entidad y demás organismos y entidades de la administración pública en materia de régimen de administración de personal se formaliza, entre otros, a través de conceptos jurídicos, que guardan directa relación con la interpretación general de aquellas expresiones que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación, sin que tales atribuciones comporten, de manera alguna, la definición de casos particulares que se presenten al interior de las diferentes entidades.

En ese sentido, 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 y, además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho.

No obstante, lo anterior, nos referiremos al fundamento legal de la edad de retiro forzoso con base en las siguientes consideraciones:

A partir del 30 de diciembre de 2016 entró en vigencia la Ley [1821](#) de 2016, la cual 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 2º. 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 3º](#) del artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

ARTÍCULO 3º. Esta ley no modifica el régimen de acceso a ningún cargo público, ni el de permanencia y retiro de los mismos, salvo en la edad máxima de retiro forzoso aquí fijada. Tampoco modifica las condiciones, requisitos, circunstancias y demás situaciones establecidas en el régimen general y los regímenes especiales que regulan el acceso al derecho a la pensión de jubilación».

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 y los mencionados en el artículo [29](#) del Decreto-ley 2400 de 1968, modificado por el artículo [1](#) del Decreto-Ley 3074 de 1968.

De igual forma el Decreto [1083](#) de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Función Pública, establece:

ARTICULO [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.

Significa lo anterior, que las personas que hubieran cumplido 65 años, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, y que continúan vinculadas al servicio deben ser retirados de este.

Tal afirmación se sustenta en el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹, referente a la aplicación de la Ley 1821 de 2016, en el cual se argumentó 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 1º 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 3º del artículo 9º 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). [...]

-
En este sentido, la "opción voluntaria de permanecer en el cargo" a que se refieren el artículo 2º 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. Así quedó consignado, además, en los antecedentes legislativos de la norma, tal como se explicó en el aparte B) de este concepto». [Destacado nuestro]

El mismo concepto, al referirse con relación a la procedencia del empleado de continuar ejerciendo sus funciones a pesar de haber cumplido los 65 años de edad, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, 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».

Por lo tanto, 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 sucede con respecto a quienes con posterioridad a la ley en mención, llegaren a la edad de 70 años y se encuentren vinculados al servicio.

Ahora bien, y teniendo en cuenta que el empleado tiene en trámite su pensión de jubilación, la Ley 797 de 2003, «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», 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 y negrita fuera de texto).

A su vez, la Corte Constitucional en Sentencia C-1037 de 2003, analizó la constitucionalidad de la disposición anterior, respecto al retiro de los servidores públicos con derecho a pensión, afirmando lo siguiente:

«En consecuencia, compete al Legislador, en ejercicio de la potestad de configuración política, determinar las demás causales de terminación de las relaciones laborales públicas y privadas, respetando los límites, principios y valores constitucionales. Por tanto, la regulación prevista en el parágrafo 3º del artículo 9º de Ley 797 de 2003, al establecer una causal de terminación de la relación laboral, tiene amparo constitucional, si se entiende como más adelante se indicará.

8.- En ese orden ideas, cuando un trabajador particular o un servidor público han laborado durante el tiempo necesario para acceder a la pensión, es objetivo y razonable que se prevea la terminación de su relación laboral. Por un lado, esa persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión, como contraprestación de los ahorros efectuados durante su vida laboral y como medio para gozar del descanso, en condiciones dignas, cuando la disminución de su producción laboral es evidente. Por otro lado, crea la posibilidad de que el cargo que ocupaba sea copado por otra persona, haciendo efectiva el acceso en igualdad de condiciones de otras personas a esos cargos, pues no puede perderse de vista que los cargos públicos no son patrimonio de las personas que lo ocupan.

9.- Además de lo anterior, en anteriores oportunidades cuando esta Corporación estudió las disposiciones legales sobre edad de retiro forzoso, manifestó que era legítimo ese retiro por cuanto permitía la realización de varios derechos. Al servidor público se le hacía efectivo su derecho al descanso, con el disfrute de la pensión. Se permitía, asimismo, el acceso de las nuevas generaciones a los cargos públicos. Y a la función pública enrumbarse por caminos de eficacia y eficiencia, al contar con nuevo personal. Sobre este particular dijo la Corte:

(...)

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. 2º y 5º). 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 la norma y jurisprudencia trascrita, los funcionarios que cumplan los requisitos para tener derecho a la pensión pueden ser retirados de la Entidad una vez les sea reconocida o notificada la pensión, y por virtud del fallo de exequibilidad de la Corte Constitucional, además debe haberseles notificado la inclusión en nómina. Por consiguiente, la administración debe procurar que los empleados continúen vinculados, hasta que les sea notificada debidamente su inclusión en nómina de pensionados.

De otra parte, y atendiendo la situación de discapacidad en la que se encuentra el empleado objeto de consulta, el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 se refirió respecto a quienes gozan de la protección especial, así:

«ARTÍCULO 12. PROTECCIÓN ESPECIAL. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley». (Subrayado nuestro).

Así mismo, la Corte Constitucional en Sentencia T-090 del 10 de febrero de 2006 respecto a la protección de los servidores públicos que padecen limitaciones físicas, mentales, visuales o auditivas, preceptúo:

“(...) 9. Ahora bien, con relación a los servidores públicos que padecen alguna limitación física, mental, visual o auditiva y, con el fin de garantizar la protección de sus derechos fundamentales y la prevalencia de los postulados constitucionales, el artículo 12 de la ley 790 de 2002, al igual que para el caso de las mujeres cabeza de familia, prohibió su retiro del servicio durante el desarrollo del programa de renovación de la Administración Pública. (...)”

12. En suma, los servidores públicos que al momento de la ejecución de los programas de renovación y reestructuración institucional, tengan incapacidad física, mental, visual o auditiva y ésta se encuentre debidamente acreditada en los términos del artículo 13 del decreto 190 de 2003, en aplicación del derecho de protección laboral reforzada de que son titulares y de la obligación del Estado de garantizar su amparo especial dada su situación de debilidad manifiesta, deben ser incluidos en los programas de protección social que para el efecto previó el artículo 12 de la ley 790 de 2000 y permanecer en el ejercicio de su cargo. En consideración a la protección laboral reforzada de las personas que hacen parte de este colectivo, la Corte Constitucional en diferentes ocasiones, ha tutelado su derecho fundamental al trabajo cuando, en virtud del plan de Renovación de la Administración Pública, han sido retirados del servicio”. (Resaltado nuestro).

Conforme a la normatividad y jurisprudencia expuestas, aquellos quienes tengan limitaciones físicas, mentales, visuales o auditivas gozarán de protección laboral reforzada cuando la entidad pública sea modificada o liquidada dentro de los Programas de Renovación de la Administración Pública.

Con fundamento en la normativa y jurisprudencia expuestas, esta Dirección Jurídica considera que el servidor público que cumplió 65 años antes del 30 de diciembre de 2016, como fecha de entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, está inhabilitado para continuar trabajando en una entidad pública o para vincularse como servidor público, excepto en los cargos permitidos por la Ley.

Sin embargo, y dado que el reconocimiento de la pensión de jubilación se encuentra en trámite, esta Dirección Jurídica considera que en virtud de lo contemplado en la Ley 797 de 2003, los empleados que cumplan con los requisitos en edad y tiempo de servicios para tener derecho a pensión pueden ser retirados de la entidad, una vez le sea reconocida o notificada la pensión y le hayan notificado la inclusión en nómina, esto último en virtud del fallo de exequibilidad de la Corte Constitucional C-1037 de 2003.

Finalmente, frente a la aplicación del retén social en el caso consultado, es preciso indicarle que si bien, la Ley 790 de 2002 y su Decreto Reglamentario 190 de 2003 protegen entre otros a las personas en situación de discapacidad, dicha figura sólo es admisible dentro de los

Programas de Renovación de la Administración Pública².

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 emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con funciones de la Dirección Jurídica

AMGC/JFCA/GCJ

12602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Radicado Número 2326. Fecha: 8 de febrero de 2017

2. Entiéndase modificación o liquidación de la Entidad.

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:00:37