



Departamento Administrativo de la Función Pública
Concepto 105481

Fecha: 13/03/2023

Bogotá D.C

REFERENCIA.: RETIRO DEL SERVICIO. Edad de retiro forzoso.
Radicación No. 20232060095772 de fecha 10 de febrero de 2023.

En atención al escrito de la referencia, mediante el cual consulta “miro con asombro, como es que la entidad ha venido incumpliendo el Concepto 006231 de 2021, del Departamento Administrativo de la Función Pública y la Ley 1821 del 2016 (...) Lo anterior teniendo en cuenta que, en la entidad laboran actualmente personas que ya han cumplido la edad de retiro forzoso, es decir 70 años y se les paga sus salarios y prestaciones sociales en contravía de las disposiciones Legales y reglamentarias, a manera de ejemplo el funcionario José Andrés Alberto Montañez Álzate quien ya supera los 70 años.”

Me permito informarle lo siguiente:

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.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto, es importante indicar que, la Ley 909 de 2004¹, dispone frente a las **causales de retiro del servicio** lo siguiente:

«**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 fuera de texto)

En igual sentido, el Decreto 1083 de 2015², establece:

«**ARTÍCULO 2.2.11.1 Causales de retiro del servicio.** El retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de funciones públicas y se produce por:

6) **Edad de retiro forzoso.**

(…)”

Sobre la edad de retiro forzoso, a partir del 30 de diciembre de 2016 entró en vigencia la Ley 1821 de 2016, la cual dispone:

«**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.

(…)

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.

ARTÍCULO 3°. 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.**» (Destacado nuestro)

Así mismo, el mencionado Decreto 1083 de 2015, 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.

(...)» (Destacado fuera del texto)

De acuerdo a lo anteriormente indicado, la ley 1821 de 2016 amplió 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 1 del Decreto ley 3074 de 1968.

Sobre el tema que nos ocupa, la Corte Constitucional, en Sentencia C-563 de 1997, Magistrado Ponente, Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, preceptuó:

“El **cumplimiento de la edad de retiro forzoso** como causal para desvincular a un servidor público de su cargo se encuentra directamente consagrada por el Estatuto Superior para el caso de los magistrados de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (C.P., artículo 233). De otra parte, el personal civil al servicio de la rama ejecutiva del poder público (Decreto 2400 de 1968, artículo 1°) deberá ser retirado del servicio, sin posibilidad de reintegro, al cumplir los sesenta y cinco años de edad, según lo dispone el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968. (...)

“En efecto, la posibilidad de retirar a un servidor público de su empleo, **una vez ha alcanzado una determinada edad fijada en la ley, es un instrumento de que disponen el legislador y la administración para lograr el principio de igualdad** de oportunidades en el acceso a los cargos públicos (C.P., artículos 13 y 40-7) y el derecho al trabajo de los ciudadanos que aspiran a desempeñarse como trabajadores al servicio del Estado (C.P., artículo 25).”

En igual sentido, la Sección Primera del Consejo de Estado mediante Sentencia 00554 del 14 de abril de 2016³, con consejera ponente: María Elizabeth García González, sobre un tema similar, dispuso:

“La futura desvinculación de su cargo no es producto de actuación alguna de la Sala Plena del Consejo de Estado, pues se trata de un simple trámite en cumplimiento de una disposición legal, en este caso, la Ley 270 de 1996 y el Decreto 1660 de 1978, por lo tanto no es una decisión que esté al libre arbitrio de los Magistrados, sino **una obligación legal** que no puede ser desconocida o modulada por las situaciones particulares de quien la soporta.

La decisión de retirar a un Magistrado de un Tribunal Administrativo porque ha cumplido 65 años de edad, **no se produce por la interpretación judicial autónoma de los Consejeros de Estado, sino por la aplicación estricta de unas normas que consagran los límites temporales para el ejercicio de dichas magistraturas, las cuales no consagran excepción alguna.**

(...)

Es evidente que la Sala Plena del Consejo de Estado una vez finalizados los 6 meses de gracia que la Ley le otorga a los Magistrados de Tribunal, luego de cumplida la edad de retiro forzoso, no puede hacer cosa distinta que notificar la desvinculación y llenar temporal o definitivamente la respectiva vacante, pues así se lo ordena la Ley.

Para esta Sala, no es posible que la Corporación pueda apartarse de la legislación vigente y mantener indefinidamente en el cargo a todo Magistrado que llegada la fecha de su retiro forzoso no tenga reconocida su pensión por inconvenientes documentales o por problemas de trámite con los respectivos fondos privados o públicos competentes para ello, pues dicho actuar **podría acarrear consecuencias disciplinarias debido al incumplimiento injustificado de una norma claramente establecida,** al igual que una posible conculcación del derecho fundamental a la igualdad de todos aquellos funcionarios que estaban en las mismas circunstancias del actor y a quienes sí se les retiró del servicio público cuando se les cumplió la prórroga de los 6 meses, consagrada en el artículo 130 del Decreto 1660 de 1978. (Destacado fuera del texto)

De acuerdo a las jurisprudencias anteriores, el cumplimiento de la edad de retiro forzoso como causal para desvincular a un servidor público de su cargo obedece a un simple trámite en cumplimiento de una disposición legal, **obligación legal** que no puede ser desconocida o modulada por las situaciones particulares de quien la soporta.

Ahora bien, si en el presente caso se trata de un empleado con nombramiento provisional, el Decreto 1083 de 2015 respecto al retiro de estos servidores, establece:

“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”. (Destacado nuestro)

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

En consecuencia, para responder el objeto de su consulta se tiene entonces que, la administración tiene la obligación de realizar la desvinculación de los servidores públicos cuando han llegado a la edad de retiro forzoso, esto es los 70 años de edad, independientemente si éstos han alcanzado o no la totalidad de las semanas exigidas para adquirir el derecho a la pensión de vejez. Apartarse de la legislación vigente sobre edad de retiro forzoso, podría acarrear consecuencias disciplinarias y responsabilidad fiscal debido al incumplimiento injustificado de una norma claramente establecida.

Finalmente, me permito indicarle que 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 imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Christian Ayala

Reviso: Maia Borja.

Aprobó. Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”

2 «por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública»

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.