



Concepto 26611

Departamento Administrativo de la Función Pública

Fecha: 13/02/2017

Bogotá D.C.

Ref.: RETIRO DEL SERVICIO: ¿La edad de retiro forzoso establecida en la Ley 1821 de 2016 es aplicable a los trabajadores oficiales de una empresa industrial y comercial del Estado? ¿Quiénes tienen reconocida la pensión de vejez, pueden optar voluntariamente por permanecer en el servicio sin que le sea aplicable el parágrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003? **Rad.: 20172060001002** del 3 de enero de 2017.

Acuso recibo de su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si la edad de setenta (70) años establecida en la Ley 1821 de 2016, como edad máxima para el retiro forzoso para quienes desempeñan funciones públicas, es aplicable a los trabajadores oficiales de una empresa industrial y comercial del Estado y si a quienes se les ha reconocido la pensión de vejez, pueden optar voluntariamente por permanecer en el cargo, hasta cumplir la edad de 70 años.

Al respecto, me permito manifestarle lo siguiente:

En primer lugar, es necesario resaltar que la edad de retiro forzoso para los servidores públicos se encontraba consagrada en el Decreto ley 2400 de 1968 y correspondía a 65 años. Esta norma fue modificada por 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", así:

*“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. (Negrilla y subraya nuestra)*

La norma transcrita dispuso que la edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de 70 años, salvo para los funcionarios de elección popular y los mencionados en el artículo 1º del Decreto ley 3074 de 1968.

El artículo 4º de la Ley 1821 de 2016, dispuso que a partir de su publicación, deroga las disposiciones que le son contrarias, en especial las contenidas en el Decreto ley 2400 de 1968 (artículo 31), 3074 de 1968 (artículo 29), y en los Decretos 1950 de 1973, 3047 de 1989 y 1069 de 2015 (artículos 2.2.6.1.5.3.13 y numeral 4 del artículo 2.2.6.3.2.3).

Ello significa que la edad de retiro forzoso de 70 años señalada en la Ley 1821 de 2016 solo rige a partir del 30 de diciembre de 2016.

Dado que el artículo 1º de la Ley 1821 de 2016 señala que la edad máxima de retiro del servicio es aplicable a las personas que desempeñan funciones públicas, se debe analizar el alcance de dicha expresión, de la siguiente forma:

Los conceptos de “función pública” y de “servicio público” no son equivalentes dado que la Constitución distingue claramente esos conceptos y les asigna contenidos y ámbitos normativos diferentes.

El artículo 150, numeral 23, de la Constitución le asigna al Legislador competencia para expedir las leyes llamadas a regir el ejercicio de funciones públicas, así:

***“ARTICULO 150.** Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*

(...)

23. Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.”

Conforme con la norma transcrita, la Constitución establece que a través de la Ley se regulará el ejercicio de la función pública.

Adicionalmente, el artículo 123 de la Carta Política, consagra la clasificación de los servidores públicos, a saber:

***“ARTICULO 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.”

De tal manera que las personas naturales vinculadas mediante una relación laboral con el Estado, es decir, los servidores públicos, los cuales, como lo expresado el inciso 2 del artículo 123, están al servicio de la comunidad y ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento; la asignación y cumplimiento de funciones estatales por una persona natural, es desarrollar función pública.

Sobre el alcance del ejercicio de funciones públicas, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera ponente: María Elena Giraldo

Gómez, en sentencia con Radicación número: ACU-1016 del 18 de noviembre de 1999, señaló:

“La Función Pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines.

(...)

*En efecto, función pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines y, excepcionalmente, por expresa delegación legal o por concesión, por parte de los particulares; pero, **‘es de señalar que la función pública significa una actividad de Estado que no puede jamás concebirse como análoga a la de un particular, aun cuando se tratara de una empresa’**; por manera que no resulta acertado deducir que toda prestación de un servicio público comporta el ejercicio de función pública, aunque, en ocasiones, bien puede existir coincidencia entre el ejercicio de ésta y la prestación de aquél (...). (Negrilla fuera de texto)*

Conforme lo señala el Consejo de Estado, función pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines.

De otra parte, la Corte Constitucional, en Sentencia C-037 del 2003, Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Tafur Galvis, consideró lo siguiente:

“(...) 4.1.1.3.1 La Constitución utiliza el término “función” para identificar las actividades del Estado, (art.113 C.P.)^[42] así como para determinar las competencias de los diferentes órganos estatales (arts. 150, 241, 277 C.P. por ejemplo). Así mismo el artículo 122 señala que “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento”, en tanto que el artículo 212 superior expresa que “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

La Constitución hace referencia a las expresiones “función pública” y “funciones públicas” de manera específica en el capítulo II del título V sobre la organización del Estado, en el que se establecen los principios que rigen el cumplimiento de “funciones públicas” por los servidores públicos.

Cabe recordar, así mismo, que la Constitución califica expresamente como “funciones públicas” la administración de justicia (art. 228 C.P.) y el control fiscal (art. 267 C.P.), en tanto que el artículo 209 se refiere a la “función administrativa” (art. 209 C.P.) especie dentro del género función pública.

*Ahora bien, como ya ha señalado esta Corporación, **las actividades de los servidores públicos, propias de su cargo o destino, son por esencia y definición funciones públicas**, pues están dirigidas a contribuir al logro oportuno y eficaz de los cometidos a cargo del Estado^[43].*

Según la idea que fluye del artículo 123 de la Constitución, servidor público es en este sentido toda persona que ejerce a cualquier título una función pública y, en tal virtud, ostentan dicha condición los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (C.P. arts. 123 y 125).

Así las cosas, la noción de “función pública” atañe al conjunto de las funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines.

(...)”. (Resaltado fuera de texto).

Conforme con la jurisprudencia citada, la función pública es ejercida, entre otros, por quienes ostentan la calidad de servidores públicos, es decir, los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado (art. 123-2).

Como quiera que los trabajadores oficiales son servidores públicos, a la luz de lo señalado en el artículo 123 de la Constitución Política en criterio de esta Dirección Jurídica se le aplica la edad de retiro forzoso señalada en el artículo 1º de la Ley 1821 de 2016.

Por su parte, el artículo 2º de la mencionada Ley, establece:

“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 párrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003”.

Ahora bien, el párrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, consagra:

“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”.

Debe destacarse que el artículo 2º de la Ley 1821 de 2016 no modifica la legislación sobre el acceso a la pensión de jubilación y prescribe que quienes a partir de la entrada en vigencia de la misma se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo, no les será aplicable lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, es decir, la norma lo que modifica es la justa causa para la terminación laboral contractual y legal y reglamentaria, permitiendo que quienes tengan los requisitos para acceder a la pensión pueda permanecer voluntariamente en el cargo, siempre que cotice a la seguridad social.

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,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con funciones de la Dirección Jurídica.

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