

CONCEPTO 0001724 DE 2021

(marzo 24)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

DE: XXXXXXXXXXX, Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa 1-0014

ASUNTO: Concepto edad de retiro forzoso y competencia para retirar del servicio

Mediante comunicación electrónica de fecha 19 de marzo de 2021 radicada con el número 9-2021-011396 manifiesta que hay funcionarios que tienen más de 25 años de servicio a la Entidad y con edad de 70 años, y con el fin de dar cumplimiento a la normatividad vigente, Ley [1821](#) de 2016- edad de retiro forzoso, solicita se indique el procedimiento establecido que se debe seguir para dar cumplimiento a la Ley de retiro forzoso, para lo cual formula una serie de interrogantes, los que serán respondidos al final. Al respecto, de manera comedida le informo.

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

PRECEDENTES NORMATIVOS

Para el análisis del presente concepto se tendrán en cuenta los siguientes fundamentos normativos, jurisprudenciales y doctrinales:

Constitución Política – artículo [123](#)

Ley 1821 de 2016 (diciembre 30) “Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas” - artículos [1](#), [2](#) y [3](#) – corregida por el Decreto 321 de 2017.

Ley 119 de 1994 “Por la cual se reestructura el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, se deroga el Decreto [2149](#) de 1992 y se dictan otras disposiciones” – artículo [37](#)

Decreto 1083 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública” sobre los tipos de servidores públicos - artículos [2.2.5.1.3](#). y [2.2.11.1.7](#).

Resolución [65](#) de 2008 expedida por el Director General del SENA por la cual se delegaron unas funciones en el Secretario General.

Resolución 2529 de 2004 “Por el cual se efectúan delegaciones en materia de gestión del Talento Humano” – artículos [1,3](#) y [4](#).

Sentencias C-135 de 2018, T-643 de 2015, C – 1037 de 2003 – Corte Constitucional

Sentencia del 5 de julio de 2018 - Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, expediente 2018-00087; Sentencia del 8 de febrero de 2018 - Consejo de estado, Sección Segunda, Subsección A, expediente 2012-01184.

Concepto 2019-00183 (2434) - Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado - Consejero Ponente, Germán Alberto Bula Escobar.

Conceptos 45391 de 2019 y 151751 de 2020 - Departamento Administrativo de la Función Pública

Procedimiento Retiro del Talento Humano (Código GTH-P- 0011); Formato Actualización Datos Pensionado (Código GTH-F- 171) - Sistema Integrado de Gestión y Autocontrol - Plataforma Compromiso.

ANÁLISIS JURÍDICO

1o. SERVIDORES PÚBLICOS

Según el artículo [123](#) de la Constitución Política, "son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios".

El Decreto [1083](#) de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública” sobre los tipos de servidores públicos establece:

“ARTÍCULO [2.2.5.1.3](#). Empleados públicos y trabajadores oficiales. Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos y demás entidades públicas, son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos”.

Respecto al régimen laboral de los servidores públicos del SENA, la Ley [119](#) de 1994 dispone:

“ARTÍCULO [37](#). RÉGIMEN LABORAL. Los servidores vinculados al SENA son empleados públicos o trabajadores oficiales.

El estatuto de la Entidad determinará los cargos que serán desempeñados por trabajadores oficiales, y los de carrera administrativa, sin perjuicio de las normas vigentes”.

2o. EDAD DE RETIRO FORZOSO

La Ley 1821 de 2016 (diciembre 30) “Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas” dispuso en su artículo [1o](#), corregido por el Decreto 321 de 2017:

“ARTÍCULO [1o](#). 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^[1].

“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”^[2].

El Decreto [1083](#) de 2015 sobre la edad de retiro forzoso prevé:

“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”.

La Corte Constitucional, en relación con lo previsto en el artículo [2o](#) de la Ley 1821 de 2016 señaló en Sentencia C-135 de 2018:

“(…) Para comenzar, como se explicó con anterioridad, la disposición impugnada introduce la posibilidad de que la persona que ya tiene derecho a la pensión de vejez pueda continuar trabajando hasta llegar al tope máximo de edad fijado en la ley, si así lo decide voluntariamente. De suerte que, en la práctica, se volvió a incorporar en el ordenamiento jurídico la alternativa que en su momento fue prevista en el artículo [19](#) de la Ley 344 de 1996, conforme a la cual el servidor público puede retirarse para disfrutar de su derecho pensional o puede continuar en el servicio hasta llegar a la edad de retiro forzoso, con la carga de contribuir al Sistema Integral de Seguridad Social, en el caso en que acoja esta última opción.

Para poder hacer uso de esta alternativa necesariamente debía adoptarse por el legislador una determinación respecto de la aplicación de lo previsto en el parágrafo 3 del artículo [9](#) de la Ley 797 de 2003, pues, en virtud de dicha disposición, como ya se explicó, se autorizó la terminación del servicio de los empleados o funcionarios del Estado que les sea reconocida una pensión de vejez y sean incluidos en nómina para su pago, con plena independencia de la causal referente a la edad de retiro forzoso.

Por razón de lo anterior, es que se decidió que dicha norma resulta inaplicable para quienes deciden voluntariamente continuar en el servicio, ya que de lo contrario el cambio realizado no surtiría efecto alguno. Textualmente, el precepto en mención dispone que: ‘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 3 del artículo [9](#) de la Ley 797 de 2003’...”.

Por su parte, la Dirección Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública, en Concepto 151751 de 2020 (21/04/2020) sobre la aplicación de la causal de retiro forzoso de que trata la Ley [1821](#) de 2016 ha señalado:

“(…) 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”.

3o. COMPETENCIA EN EL SENA PARA RETIRAR SERVIDORES PUBLICOS POR EDAD DE RETIRO FORZOSO

Mediante Resolución [65](#) de 2008 expedida por el Director General del SENA se delegaron unas funciones en el Secretario General:

“ARTÍCULO 1o. Delegar en la Secretaría General del SENA las siguientes funciones:

1. Retirar del servicio a los servidores públicos de la Entidad a nivel nacional, por cumplir la edad de retiro forzoso.
2. Retirar del servicio a los servidores públicos de la Entidad a nivel nacional, por haberseles reconocido pensión e ingresado a la nómina de pensionados del SENA o de la respectiva entidad pagadora”.

Mediante la Resolución [2529](#) de 2004 se efectuaron unas delegaciones en materia de gestión del Talento Humano”, así:

En el artículo [1o](#) se delegó en el Secretario General la facultad de “18. Retirar del servicio a los servidores públicos de la Dirección General por cumplir la edad de retiro forzoso, por invalidez absoluta, o por cualquier causal establecida en el párrafo 3o del artículo [33](#) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo [9](#) de la Ley 797 de 2003, y demás normas que lo modifiquen con posterioridad”.

En el artículo [3o](#) se delegó en los Directores Regionales y en los Subdirectores de Centro que hagan sus veces, la facultad para “21. Retirar del servicio a los servidores públicos del Despacho de la Dirección Regional por cumplir la edad de retiro forzoso, por invalidez absoluta, o por cualquier causal establecida en el párrafo 3o del artículo [33](#) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo [9](#) de la Ley 797 de 2003, y demás normas que lo modifiquen con posterioridad”.

En el artículo [4o](#) se delegó en los Subdirectores de Centro la facultad para “18. Retirar del servicio a los servidores públicos del respectivo Centro por cumplir la edad de retiro forzoso, por invalidez absoluta, o por cualquier causal establecida en el párrafo 3o del artículo [33](#) de la Ley

100 de 1993, modificado por el artículo [9](#) de la Ley 797 de 2003 y demás normas posteriores que las modifiquen”.

RESPUESTA INTERROGANTES

PREGUNTA: ¿Cuáles el procedimiento que debe adelantar la Entidad, una vez se detecta que uno de sus funcionarios cuenta con la edad de retiro forzoso?

¿Puede el SENA adelantar el retiro del servicio de funcionarios que tienen 70 años edad, sin importar el cumplimiento de requisitos para la pensión de vejez y/o el reconocimiento de la misma?

RESPUESTA: El Decreto ley [2400](#) de 1968 establecía 65 años como edad de retiro forzoso. A partir de la expedición de la Ley [1821](#) de 2016, es decir, a partir del 30 de diciembre de 2016, se amplió la edad de retiro forzoso a los 70 años para los servidores públicos (empleados públicos y trabajadores oficiales).

La Ley [1821](#) de 2016 no modificó la legislación sobre el acceso a la pensión de jubilación y prescribe que los servidores públicos quienes a partir de su entrada en vigencia se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo no les será aplicable lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo [9](#) de la Ley 797 de 2003, es decir, la aplicación de la justa causa para terminar el vínculo laboral por cumplir requisitos para tener derecho a pensión.

Así las cosas, los servidores públicos que cumplan los requisitos para acceder a la pensión de vejez pueden permanecer voluntariamente en el cargo hasta la edad de 70 años, siempre que se realicen las respectivas cotizaciones a la seguridad social.

Cabe recordar en este punto que de conformidad con lo consagrado en el artículo [4](#) de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo [17](#) de la Ley 100 de 1993, y en el artículo [3.2.7.5](#) del Decreto 780 de 2016, la obligación de realizar aportes al sistema de pensiones cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión de vejez en cualquiera de los dos regímenes de pensiones, sin perjuicio de que la persona pueda realizar aportes voluntarios.

Pues bien, la entidad debe proceder a desvincular a aquellos empleados públicos o trabajadores oficiales que han llegado a la edad de retiro forzoso, pues se trata de una causal objetiva de retiro y no es potestativa.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, así como los conceptos emanados del Departamento Administrativo de la Función Pública (Ver Concepto 45391 de 2019) han sido consistentes en el sentido de que si bien el retiro forzoso es una causal objetiva de retiro del servicio, no es menos cierto que para su aplicación es menester que se tengan en cuenta criterios de razonabilidad para evitar la desprotección de las personas que serán retiradas del servicio.

Así, la Corte Constitucional en Sentencia T-643 de 2015 sostuvo:

“(…) En respuesta a este tipo de situaciones, esta Corporación ha formulado una regla jurisprudencial 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, con el fin de evitar la violación de los derechos fundamentales de los adultos mayores. Específicamente se ha entendido que su aplicación objetiva, sin verificar el

contexto en el que tiene lugar su exigibilidad, puede llevar a efectos contrarios a la Carta, al poner a sus destinatarios ante el desconocimiento de su mínimo vital, cuando éstos carecen de las condiciones para asegurar la satisfacción de sus necesidades básicas y todavía no acreditan los requisitos para acceder a una pensión de vejez, existiendo por lo menos una expectativa legítima sobre su reconocimiento”.

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto 2019-00183 (2434), Consejero Ponente, Germán Alberto Bula Escobar, sostuvo:

“(…) En efecto, la desvinculación de un empleado “por el cumplimiento de la edad de retiro forzoso no se puede llevar a cabo de una manera automática, sino que debe hacerse con un análisis previo de las particularidades de cada caso, pues privar del ingreso a una persona de la tercera edad puede conllevar a que se vulneren derechos como el mínimo vital y la salud”. (Ver también Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, en Sentencia de 5 de julio de 2018 -expediente 2018-00087).

La Sala de Consulta y Servicio Civil en el Concepto antes indicado, acotó que “si bien es cierto que al cumplirse la edad de retiro se genera una causal objetiva de desvinculación de los cargos públicos, la jurisprudencia ha sido perentoria al sostener que su aplicación no es automática y que es deber de la Administración ponderarla con los derechos de los trabajadores.

En tal medida, es necesario que el empleador público analice si al momento del retiro el servidor público tiene o no derecho a pensión y, si lo tiene, que le haya sido reconocida y se le haya incluido en nómina” (Ver Sentencia Corte Constitucional T-643 de 2015).

En el mismo sentido, el Consejo de Estado en Sentencia del 8 de febrero de 2018 expresó:

“Para disponer el retiro del trabajador o servidor público, no es suficiente la notificación de la decisión a través de la cual se materializa el reconocimiento pensional, sino que también es necesario verificar la inclusión en la nómina pensional correspondiente, con el fin de que el cambio de estatus no implique la privación de un ingreso mensual que garantice el mínimo vital y móvil del sujeto separado del empleo”. (Consejo de estado, Sección Segunda, Subsección A, expediente 2012-01184).

El Departamento Administrativo de la Función Pública en Concepto 45391 de 2019 (15/02/2019) expresó:

“(…) De conformidad con las normas y jurisprudencias anteriormente citadas, esta Dirección considera que aquel servidor público que ha cumplido la edad de 65 años cuando entró en vigencia la Ley [1821](#) de 2016, se encuentra inhabilitado para seguir trabajando en una entidad pública o vincularse como servidor público, excepto los casos permitidos por la Ley.

En cuanto al retiro de los servidores públicos que cumplieron la edad de retiro forzoso y les falta un tiempo considerable para llenar el requisito de las semanas cotizadas exigidas para tener el derecho a la pensión de vejez y declaren su imposibilidad de seguir cotizando, deberán ser retirados del servicio y tendrán derecho al beneficio de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en los términos del artículo [37](#) de la Ley 100 de 1993.

Para aquellos servidores que cumplieron la edad de retiro forzoso y les falta un tiempo “relativamente corto” para cumplir el requisito de las semanas exigidas en la ley para tener derecho a la pensión de jubilación, o los que están adelantando los trámites para que se les

incluya en nómina de pensionados, la Administración “podrá” permitirles continuar laborando, por cuanto a éstas personas se les dificulta emplearse a su edad en otras entidades públicas o privadas, lo cual les impediría seguir cotizando y percibir ingresos durante este tiempo”.

PREGUNTA: ¿Qué dependencia ostenta la competencia para adelantar el retiro de servicio del servidor público que cumple con la edad de retiro forzoso?

RESPUESTA: La competencia para ordenar el retiro del servicio de servidores públicos de la Entidad a nivel nacional por cumplir la edad de retiro se encuentra delegada por el Director General en el (la) Secretario (a) General del SENA conforme con lo dispuesto en la Resolución [65](#) de 2008.

Sin embargo, como puede observarse, la Resolución [2529](#) de 2004 había efectuado unas delegaciones para retirar del servicio a los servidores públicos por cumplir la edad de retiro forzoso: (i) En el Secretario General a los servidores públicos de la Dirección General; (ii) a los Directores Regionales a los servidores públicos del Despacho de la Dirección Regional y (iii) a los Subdirectores de Centro a los servidores públicos del respectivo Centro.

A nuestro juicio, la Resolución [0065](#) de 2008, por ser norma posterior y especial, derogó tácitamente los artículos [1](#), [3](#) y [4](#) de la Resolución 2529 de 2004 respecto de las delegaciones efectuadas para retirar del servicio a servidores públicos por cumplir la edad de retiro forzoso, de lo cual se deduce que la competencia a nivel nacional en esta materia se encuentra delegada en el (la) Secretario (a) General.

De acuerdo con lo anterior, recomendamos se solicite aclaración a la Secretaría General sobre dicho trámite con el fin de determinar si se produjo o no la derogatoria tácita a que antes aludimos.

PREGUNTA: De ser competente la Secretaría General, ¿Cuál es el procedimiento para la remisión de los documentos por parte de las Regionales? y ¿a cuál Grupo Interno de Trabajo de la Secretaría General se realizaría en el envío de la información?

RESPUESTA: Frente a este interrogante, debemos aclarar que no es competencia de esta Coordinación establecer o determinar el procedimiento y las dependencias competentes para el envío de la información concerniente al retiro del servicio de las personas en edad de retiro forzoso. Por tanto, sugerimos consultar sobre el mismo a la Secretaría General.

Sin embargo, sugerimos revisar el Sistema Integrado de Gestión y Autocontrol en el Proceso de Gestión del Talento Humano donde se encuentra contemplado el Procedimiento Retiro del Talento Humano (Código GTH-P- 0011 – Versión 3- Fecha 2020-10-15- Plataforma Compromiso).

PREGUNTA: Para efectos de novedades de nómina ¿A partir de qué fecha se debería realizar el retiro del servicio del funcionario que cumple con la edad de retiro forzoso?

RESPUESTA: Para efectos de esta inquietud, es necesario realizar un análisis ponderado de las particularidades de cada caso y verificar el contexto y las condiciones en que se encuentra el servidor público, para así adoptar las decisiones sobre el retiro del servicio del empleado público o del trabajador oficial que haya cumplido la edad de retiro forzoso.

Como ayuda en este proceso, en la plataforma Compromiso – Proceso de Gestión del Talento

Humano - se encuentra el Formato Actualización de Datos Pensionado (Código GTH-F- 171).

PREGUNTA: ¿Qué consecuencias conlleva la no aplicación o aplicación tardía de la ley [1821](#) del 2016?

RESPUESTA: De conformidad con lo previsto en el artículo [34](#) de la Ley 734 de 2002 o Código Disciplinario Único, son deberes de los servidores públicos:

“1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente”.

A partir del 1o de julio de 2021 entrará a regir el Código General Disciplinario expedido por la Ley 1952 de 2019, el cual también consagra en su artículo [38](#) los deberes de los servidores públicos.

Las consecuencias que se derivan del incumplimiento de los deberes por parte de los servidores públicos serán las resultantes del respectivo proceso disciplinario que eventualmente pueda adelantarse.

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley [1755](#) de 2015. Lo anterior no sin advertir, que el mismo se encuentra sujeto a las modificaciones legales y jurisprudenciales que se expidan y acojan dentro del asunto.

Cordial saludo,

Antonio José Trujillo Illera

Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y

Producción Normativa - Dirección Jurídica



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)



logo