

CONCEPTO 6897 DE 2024

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: (...)@sena.edu.co, (...), Coordinador Grupo Talento Humano - Regional  
Cundinamarca - 251020

DE: Martha Bibiana Lozano Medina, Coordinadora Grupo de Conceptos Jurídicos y  
Producción Normativa 1-0014

ASUNTO: Concepto edad de retiro forzoso - análisis ponderado del caso en particular -  
solicitud indemnización sustitutiva o devolución de saldos

Hemos recibido la comunicación electrónica radicada con el número 25-9-2024-000943 de fecha 19 de enero de 2024 mediante la cual solicita concepto sobre la viabilidad de un retiro Forzoso de un servidor público que no reúne los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez y quien ha manifestado que el salario y las prestaciones recibidos por parte del SENA son su fuente única de ingresos.

#### 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:

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.

Decreto 1083 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública” - artículo [2.2.11.1.7](#).

Sentencias T- [413](#) de 2019, T-643 de 2015 y T-012 de 2009 – Corte Constitucional

Concepto 2326 de 8 de febrero de 2017 - Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil - Consejero ponente: Álvaro Namén Vargas

Conceptos 056901 de 2023, 45391 de 2019, 309971 de 2019, 087381 de 2020 - Departamento Administrativo de la Función Pública.

#### ANÁLISIS JURÍDICO

1º. 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 [10](#),

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<sup>(1)</sup>.

“**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”.(Negritas y subrayado fuera de texto)

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 Dirección Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública sobre la aplicación de la causal de retiro forzoso de que trata la Ley [1821](#) de 2016 ha señalado:

Concepto 087381 de 2020 (02/03/2020):

“(…) De acuerdo a lo anteriormente anotado, en criterio de esta Dirección Jurídica, quienes a partir de la entrada en vigencia de la Ley [1821](#) de 2016, accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas podrán permanecer voluntariamente en sus cargos hasta llegar a la edad de retiro forzoso, es decir, hasta los 70 años, bajo la única obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social.

Consonante con lo anterior, quienes hubieren 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 pueden permanecer voluntariamente en sus cargos hasta los 70 años de edad, y la administración debe proceder a su retiro, de igual forma frente a quienes con posterioridad a la ley en mención,

llegaren a la edad de 70 años y se encuentren vinculados al servicio.

En efecto, conforme a lo normativa que se ha dejado anunciada, el servidor público que ha cumplido la edad de 70 años, 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**". (Ver también Concepto 309971 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública).

Concepto 056901 de 2023 (08-02-2023):

“(…) De lo anterior se puede concluir que la edad máxima para desempeñar funciones públicas en el Estado es de 70 años, 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 Decreto [2400](#) de 1968, modificado por el Decreto ley 3974 de 1968.

Por lo tanto y conforme con las normas y jurisprudencias anteriormente citadas, esta Dirección Jurídica considera que aquel servidor público que ha cumplido la edad de 70 años, se encuentra inhabilitado para seguir trabajando en una entidad pública o vincularse como servidor público, excepto los casos permitidos por la Ley. Por lo tanto, el trabajador que cumpla 70 años deberá ser retirado del servicio…”

No obstante, para proceder al retiro de un servidor público que ha cumplido la edad para el retiro forzoso (70años) es preciso tener en cuenta lo expuesto por la Corte Constitucional en Sentencia T- 012 de 2009:

“Es por ello que la Corte debe precisar, tal y como se señaló, que si bien la fijación de una edad de retiro como causal de desvinculación del servicio es constitucionalmente admisible, su aplicación debe ser razonable de tal manera que, en cada caso concreto, responda a una valoración de las especiales circunstancias de los trabajadores, toda vez que ella no puede producir una vulneración de sus derechos fundamentales, máxime teniendo en cuenta que se trata de personas de la tercera edad, y que por esa causa merecen una especial protección constitucional.

De otra forma, **una aplicación objetiva de la medida, sin atender a las particularidades de cada situación, tendría un efecto perverso para sus destinatarios, porque podría desconocer sus garantías fundamentales de los trabajadores, en razón a que se les privaría de continuar trabajando y percibiendo un ingreso, sin que su solicitud de pensión hubiese sido decidida de fondo, avocándolos inclusive de manera eventual a una desprotección en lo relacionado con su servicio de salud...**” (Negrillas y subrayado fuera de texto)

## CONCLUSIÓN

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](#) no modificó la legislación sobre el acceso a la pensión de jubilación (vejez) y prescribe que los servidores públicos que, 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.

Empero, 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. De igual manera, si el servidor público no tiene el número de semanas para obtener la pensión de vejez y cumple con la edad de pensión correspondiente, deberá ser retirado del servicio al cumplir la edad de retiro forzoso.

Así las cosas, la entidad debe desvincular a aquellos empleados públicos o trabajadores oficiales que han llegado a la edad de retiro forzoso, es decir, 70 años, 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 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. (Ver Corte Constitucional Sentencias T-643 de 2015 y T- 012 de 2009)

Así, por ejemplo, como bien lo manifestó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto de 2326 de 2017, la Corte Constitucional ha ordenado en varios casos que el retiro efectivo del servidor público se difiera durante algún tiempo, con el fin de permitirle la obtención de la pensión de jubilación o de vejez o la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. La Corte Constitucional, al revisar acciones de tutela, no ha señalado que un servidor público que haya llegado a la edad de retiro forzoso se mantenga indefinidamente en su cargo o hasta cumplir una edad diferente de la señalada por la ley.

Para efectos de la consulta formulada, y en orden a las decisiones que deban adoptarse, es necesario realizar un análisis ponderado del caso en particular y verificar las condiciones en que se encuentra el servidor público, pues según la información suministrada, éste ya cuenta con 70 años – edad máxima de retiro – pero no cuenta con las semanas exigidas para el reconocimiento de la pensión de vejez.

La Corte Constitucional en **Sentencia T-413 de 2019** señaló que no podía aplicarse de manera automática la causal de retiro por alcanzar la edad de retiro forzoso, sin antes verificar si se lesionaban los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada de prepensionado, seguridad social y mínimo vital de la accionante, en tanto el salario era su única fuente de ingresos y no disponía de un patrimonio que respaldara sus gastos.

En este contexto, cuando el afiliado no reúne el número mínimo de semanas cotizadas, pero ha cumplido o ha superado la edad mínima para obtener la pensión de vejez, tiene derecho al reconocimiento de la Indemnización Sustitutiva en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o la devolución de saldos en el Régimen de Ahorro Individual, tal como lo prescriben el artículo [37](#) de la Ley 100 de 1993 y los artículos [2.2.4.5.1.](#) y [2.2.4.5.4.](#) del Decreto 1833 de 2016.

Sin embargo, si bien la permanencia en el cargo del servidor público no es indefinida, no es menos cierto que el servidor público en cuestión deberá solicitar la indemnización sustitutiva ante COLPENSIONES en el Régimen de Prima Media o la devolución de saldos ante el respectivo fondo de pensiones si se encuentra en el Régimen de Ahorro Individual, para que pueda acceder al ahorro correspondiente a las semanas cotizadas en cualquiera de estos dos regímenes de pensiones y que le permita contar con los recursos para su subsistencia una vez retirado del servicio.

Al respecto, consideramos importante mencionar lo expuesto por la Dirección Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública en Concepto 45391 de 2019:

“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”.(Ver también Corte Constitucional **Sentencia T-643 de 2015**).

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,

MARTHA BIBIANA LOZANO MEDINA

Coordinadora Grupo de Conceptos Jurídicos y

Producción Normativa - Dirección Jurídica

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>

1. El párrafo 3o del artículo [9o](#) de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo [33](#) de la Ley 100 de 1993 dispuso:

**“ARTÍCULO [9o](#). 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 3o. <Parágrafo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> 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”.**



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)

