

CONCEPTO 51082 DE 2017

(octubre 3)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

Bogotá D.C.

Doctor

Alberto Luis Gutiérrez-

algutierrezgsena@sena.edu.co

ASUNTO: Edad Retiro Forzoso-Ejecutivo reliquidación pensional

En atención a su solicitud, formulada el 29 de septiembre de 2017, en el pasado Encuentro de Abogados de la Dirección Jurídica del SENA, realizado en la ciudad de Santa Marta del 27 al 29 de septiembre de la presente anualidad, oportunidad en la cual manifestó, su interrogante respecto al servidor público de 68 años que labora con el SENA, y que cuenta con los requisitos de pensión, con el fin de indagar cuál es su situación; así mismo, interrogó sobre el proceso ejecutivo, en el cual se ordenó reliquidar una pensión y pagar el retroactivo, sin que se incluyera a futuro al reajuste en la mesada pensional; me permito manifestarle:

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Es pertinente señalar que 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.

En atención a la consulta, de manera comedida le informo que esta dependencia no es la competente para resolver situaciones particulares ni conceptuar sobre procedimientos de trámites o hacer aclaraciones/modificaciones a los procedimientos y actos administrativos proferidos por el SENA. También es pertinente indicarle que en virtud de los principios de economía y celeridad, establecidos en la Constitución Política y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las inquietudes sobre diversas temáticas se deben aclarar al interior de la Entidad agotando el conducto regular, vale decir, acudiendo al funcionario que maneje la temática, al competente o a quien deba tomar la decisión. El Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa, no tiene asignadas funciones administrativas, contractuales o disciplinarias, y tomar una decisión en esta vía en un caso particular que no le compete, pues implicaría excederse en sus funciones lo que acarrearía la respectiva responsabilidad disciplinaria.

En consecuencia, la temática planteada se abordará en forma general para su análisis jurídico.

CONCEPTO JURÍDICO

a) ANÁLISIS

- PENSIONADOS SENA. En principio, se retoma lo señalado en Concepto solicitado bajo el radicado número 8-2017-014417 de fecha 27 de marzo de 2017, en lo que se refiere al régimen pensional de los servidores del SENA, siendo oportuno hacer un recuento normativo de aspectos que se consideran relevantes.

En este orden de ideas, en primer lugar es del caso recordar como de acuerdo con el Decreto [2400](#) de 1968, el Decreto [1950](#) de 1973 y la Ley 27 de 1992, los servidores públicos del SENA, pertenecen a la rama ejecutiva del poder público; en consecuencia, tienen derecho a las prestaciones sociales consagradas legalmente para dichos servidores de la rama ejecutiva. De otra parte, el Decreto [2464](#) de 1970, conocido como el Estatuto de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA, ratificó en su momento el hecho de que los servidores públicos del Establecimiento Público tienen iguales derechos prestacionales que los servidores públicos de la Rama Ejecutiva (Artículo [126](#)).

En cuanto se refiere a la cobertura de la Seguridad Social de los servidores públicos del SENA, también dispuso el Decreto Ley [1014](#) de 1978:

Artículo 35. Seguro Social. Los empleados públicos del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA- continuarán afiliados al Instituto de Seguros Sociales ISS.

Igualmente, el Decreto Ley 415 de 1979 estableció en su artículo [16](#):

Artículo 16. El artículo 35 del Decreto 1014 de 1976, quedará modificado así:

El SENA garantizará a sus empleados el cubrimiento de servicios médicos y prestaciones sociales, afiliándoles a una entidad asistencial o de previsión.

Dichos empleados tendrán derecho únicamente a recibir los servicios y prestaciones sociales establecidos por la entidad asistencial o de previsión, con excepción de lo señalado en el párrafo siguiente.

[...]

Es así como, en concordancia con lo dispuesto en la Ley 90 de 1946, el ya extinto Instituto de los Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES, cubre, entre otros, el riesgo de vejez de los servidores públicos del SENA (Artículo 1).

Acto seguido, a través de la Ley 119 de 1994, se reestructuró el SENA y en cuanto al tema pensional, dispuso la norma en cita en su artículo [46](#):

Artículo 46. Pensiones Anticipadas - transitorio. Los funcionarios del SENA tendrán derecho a optar un sistema de pensiones anticipadas así:

1. A partir de enero 1° de 1997 tendrán derecho a la pensión de jubilación, aquellos funcionarios que acrediten estar en condiciones de cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio entre dicha fecha y el 31 de diciembre de 1996.
2. A partir de enero 1° de 1997 tendrán derecho a la pensión de jubilación, aquellos funcionarios que acrediten estar en condiciones de cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicios entre dicha fecha y el 31 de diciembre de 1998.

De otra parte, es oportuno considerar como el artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993, consagró el tan

debatido régimen de transición pensional, determinando que la edad, tiempo y monto del régimen pensional anterior, era aplicable a los sujetos de transición entendidos como hombres y mujeres que cumplieran los requisitos de tiempo y/o edad establecidos por esta ley. Así son sujetos de transición los hombres que a la entrada de vigencia de la Ley [100](#) de 1993 (01 de abril de 1994 a nivel nacional y hasta el 30 de junio de 1995 a nivel territorial) contaran con más de 40 años de edad o más de 15 años de servicio cotizados al sistema de seguridad social, y las mujeres que contaran con más de 35 años de edad o más de 15 años de servicio cotizados al sistema de seguridad social; estos sujetos de transición por tiempo y por edad, adquieren el derecho a ser pensionados en las condiciones de edad, tiempo y monto del régimen pensional anterior al que tenían derecho o que les era aplicable.

Se concluye entonces, que los servidores públicos del SENA, gozan de iguales prestaciones que las reconocidas a los servidores públicos de la rama ejecutiva, entre ellas la pensión. Igualmente, que los servidores públicos del SENA, continúan afiliados al Seguro Social (hoy COLPENSIONES), siendo viable, como lo ha señalado la jurisprudencia contenciosa, que su régimen prestacional sea el general de la rama administrativa al tenor del artículo [126](#) del Decreto 2464 de 1970. Además, el artículo [35](#) del Decreto 1014 de 1978 ordenó la continuidad de afiliación del personal del SENA a la administradora del régimen de prima media sin modificar lo pertinente al régimen de la pensión de jubilación determinado en el artículo [126](#) del Decreto 2464 de 1970.

De otra parte, en cuanto a la competencia para reconocer la pensión a los servidores del SENA, se estableció la obligación transitoria o temporal en virtud de la cual el Entidad reconocía a sus servidores públicos la pensión de jubilación, entre tanto cumplen con los requisitos establecidos para los empleados públicos de la rama ejecutiva en el orden nacional, momento en el cual el Seguro Social hoy COLPENSIONES, dentro de la órbita de su competencia realiza el reconocimiento del derecho pensional. El Consejo de Estado, ha concluido en reiteradas oportunidades respecto a este tipo de pensiones:

[...] En otras palabras, la entidad patronal, es decir, el ente público que afilió su personal al I.S.S. debe asumir el reconocimiento y pago transitorio de la obligación prestacional hasta cuando se cumplan los requisitos condicionales que contempla el ordenamiento jurídico respecto de los seguros que ofrece el I.S.S. y para que éste, ahora sí en forma definitiva, asuma la carga prestacional concreta frente a su afiliado.

Esta situación no significa que el I.S.S. queda exonerado del reconocimiento y pago de esta prestación social, sino que inicialmente la asume el SENA, pero cuando se satisfagan los exigidos por el I.S.S. éste asumirá su obligación y el SENA cesará el pago de dicha prestación, salvo situación especial que luego se precisará.^[2] (Subraya fuera de texto)

Efectivamente, se presenta una sustitución en la obligación de reconocer la pensión, una sustitución de la Entidad encargada de reconocer y pagar la mesada pensional al servidor, en este caso del SENA, quien inicialmente reconoce el derecho pensional y posteriormente es sustituido por la Administradora del Régimen de Prima Media con prestación definida, no siendo viable disfrutar al mismo tiempo las dos pensiones, la reconocida por el SENA y la reconocida por COLPENSIONES.^[3] Es así como pueden presentarse distintas hipótesis al momento de la referida sustitución:

i. Que el ISS hoy COLPENSIONES, reconozca el derecho pensional, con una mesada pensional igual o superior a la que fue reconocida inicialmente por el SENA y la cual venía disfrutando el

pensionado. Entonces cesa la obligación para el SENA, pues el ISS o quien haga sus veces asume la obligación en su integridad.

ii. Que el ISS hoy COLPENSIONES, reconozca el derecho pensional, pero la mesada pensional sea inferior a la que fue reconocida por el SENA y la cual venía disfrutando el pensionado. Entonces el SENA deberá responder por la diferencia a favor del pensionado, encontrándonos frente a una pensión compartida.

Sostuvo el Consejo de Estado, en lo referente a las pensiones compartidas específicamente en el caso del establecimiento público SENA:

[...]Inicialmente se anota que en este momento ya no cabe la discusión jurídica sobre la “reserva” (condición resolutoria) de la pensión reconocida por el SENA, porque de hacerlo se estaría “reviviendo” una situación definida y en firme. De otra parte, si ocurrieron los hechos relacionados con la “condición resolutoria” prevista en el acto de reconocimiento pensional (que el ISS asumiera el reconocimiento y pago de la prestación periódica) forzoso era que el acto inicial del SENA que reconoció la pensión en forma “condicionada” se extinguiera total o parcialmente –según el caso- por la vía señalada. Ahora, claro está que como el ISS hizo un reconocimiento económico pensional por debajo del valor que corresponde a la pensión frente a la ley aplicable a los servidores públicos, que se precisa por “comparación” de las dos mesadas pensionales a la fecha del reconocimiento de la última, forzoso es concluir que el SENA continúa con el pago de un valor adicional de la pensión hasta completar el total pertinente, dado el reconocimiento pensional “compartido”. Esta actuación se ajusta a derecho y, por ende, la negación de la pretensión del A-quo debe ser confirmada. Del retroactivo pensional reconocido por el ISS en la Res. 8037/99 a favor del SENA. El SENA en los dos actos acusados ordenó a su Tesorería hacer efectivo (reclamar) ante el ISS dicho valor y en la demanda se pidió la nulidad para que esos valores se pagaran a la P. Actora. Pues bien, si la P. Actora no tiene derecho a dos pensiones por similar causa no tiene derecho a que esos valores se le paguen y por ello no debe prosperar la reclamación presentada en ese sentido. ^[4](Subraya fuera de texto)

Ahora bien, el Decreto 4937 del 18 de diciembre de 2009, “por el cual se modifica el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995, se crean y se dictan normas para la liquidación y pago de unos bonos especiales de financiamiento para el ISS”, consagró en su artículo 18:

ARTÍCULO 18. RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN FINANCIADA CON BONO TIPO T. A partir de la vigencia del presente decreto el ISS o quien haga sus veces, deberá reconocer las pensiones de los servidores o ex servidores públicos que gocen del régimen de transición y que cumplan con los requisitos para obtener una pensión de dicho régimen, a la edad en la que tengan derecho a dicha pensión.

Para tal efecto, todos los afiliados al ISS cuya pensión de transición vaya a ser financiada con bonos especiales pensionales tipo T, deben radicar su solicitud de pensión ante el ISS o quien haga sus veces. Para ello el ISS o quien haga sus veces, deberá suministrar la información y asesoría necesaria, una vez se haya determinado que dicha pensión se debe financiar con el bono pensional especial tipo T de que trata este decreto.

Los plazos o condiciones que tiene el ISS o quien haga sus veces, para otorgar la pensión, son los mismos fijados en las normas vigentes, especialmente el señalado en el inciso final del párrafo 1° del artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Cumplidos los requisitos por el servidor público para acceder a la pensión del Sistema General

de Pensiones, el ISS o quien haga sus veces, tendrá derecho a obtener el pago de la cuota parte pensional correspondiente a los tiempos de servicio prestados o cotizados a otras entidades diferentes al Instituto de Seguros Sociales, con anterioridad al 1° de abril de 1994, siempre que se hayan tomado en cuenta para el reconocimiento de la pensión. (Subraya fuera de texto)

Es así como, se establece que a partir de la entrada en vigencia de este decreto, el 18 de diciembre de 2009, en los términos de compartibilidad expuestos, el SENA ya no tiene la competencia para reconocer las pensiones a sus servidores entre tanto COLPENSIONES asume tal obligación; eso si se respetan los derechos adquiridos por expesos mandatos constitucionales.

-REAJUSTE PENSIONAL

De acuerdo con la UGPP este concepto de reliquidación se refiere a la solicitud de modificación del valor con el cual se otorgó inicialmente la pensión. La Corte Constitucional revocó la sentencia de la Corte Suprema de Justicia y unificó la regla jurisprudencial de que la solicitud de reliquidación de la pensión no prescribe. “Si la entidad encargada de efectuar una liquidación no lo hace de la forma correcta, el afectado no puede renunciar al derecho a la reclamación”. (SU-298 del 21 de mayo de 2015). También señaló la Corte Constitucional en esta oportunidad:

[...] DERECHO A LA RELIQUIDACION DE PENSION DE VEJEZ-Es imprescriptible. Conforme a la jurisprudencia constitucional, el derecho a reclamar la reliquidación de la pensión está estrechamente vinculado con el derecho a la pensión en sí misma, por lo tanto también es imprescriptible. Además, se ha determinado que resulta desproporcionado que los afectados con una incorrecta liquidación no puedan reclamar su derecho en cualquier tiempo.

Existen varias posibilidades mediante las cuales una pensión puede ser susceptible de reliquidación, por ejemplo: -cuando se alega a la luz de la jurisprudencia una errónea liquidación de la mesada pensional a un sujeto de transición por no incluir todos los factores salariales y el promedio ordenado en el régimen pensional, tema a que suscitado una gran inseguridad jurídica y división de la jurisprudencia de las Altas Cortes; -cuando el pensionado tiene más de mil doscientas cincuenta (1250) semanas cotizadas tiene derecho a que su Ingreso Base de Liquidación se calculado con el promedio laboral que más le convenga, el de toda la vida laboral, los últimos diez (10) años laborados o el tiempo que le hiciere falta para cumplir la edad de pensión, desde el momento en que entró en vigencia la Ley [100](#) de 1993; -cuando el servidor público, cumple con los requisitos de edad y tiempo para pensionarse pero continúa laborando y aportando hasta la edad de retiro forzoso y había obtenido su reconocimiento; -cuando el servidor público se encuentra disfrutando su derecho pensional y es reintegrado a la función pública en uno de los cargos que la ley dispone como de excepción; -cuando el docente pensionado en servicio activo se retira definitivamente del servicio, tiene derecho a que se le reliquide su pensión.

Es oportuno, señalar que es diferente la hipótesis del pensionado que se reincorpora el servicio público, de aquella en la que el empleado público continúa laborando a pesar de ostentar el status pensional hasta la edad de retiro forzoso, así lo ha ratificado la Corte Constitucional en la sentencia C-331 de 22 de marzo de 2000, Magistrado Ponente doctor Antonio Barrera Carbonell:

[...] La Corte considera que la situación fáctica y jurídica regulada en el art. 4 de la ley 171/61 y en el art. [150](#) de la ley 100/93 no es la misma, por las siguientes razones:

a) La primera de las normas citadas, como ya se advirtió, alude a un aspecto de la función

pública como es la reincorporación excepcional al servicio del servidor público a quien se le ha otorgado una pensión, aunque ésta circunstancia genere derecho a la revisión de la pensión.

b) La segunda de dichas normas se refiere primordialmente a la permanencia en el servicio público de quien ha obtenido el derecho a la pensión, por no estar obligado a retirarse de éste.

c) La posibilidad de la reincorporación o derecho a acceder de nuevo a determinados cargos públicos, es bastante limitado por la circunstancia de que dicha reincorporación sólo es viable a un escaso número de cargos, que son de libre nombramiento y remoción. Por lo tanto, la probabilidad de acceder a ellos es bastante incierta pues la designación en uno de esos cargos depende de la libertad discrecional del nominador. En cambio, el derecho a permanecer en el cargo, no obstante haber obtenido el servidor el derecho a la pensión, no comporta la incertidumbre ni las restricciones antes mencionadas.

La regla jurídica que gobierna la reincorporación al servicio de un pensionado en forma excepcional, obedece primordialmente a la política de empleo del Estado y a la necesidad de ofrecer oportunidades a todas las personas de ejercer y gozar el derecho político de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40-7 C.P.), en la medida en que como los pensionados ya han tenido oportunidad de un empleo en el sector público, las posibilidades de reintegro al servicio deben ser muy restringidas para asegurar a las demás personas el mencionado derecho.

No es lo mismo, por consiguiente, la reincorporación al servicio público de quien se ha retirado de éste para gozar de pensión, de la situación que se presenta cuando alguien es pensionado y permanece en el servicio, por no estar obligado a retirarse de éste. Ello justifica la diferente regulación y el tratamiento distinto en lo que atañe con la forma de reliquidar la pensión.
(Subraya fuera de texto)

Es preciso advertir, que si vía administrativa no se obtiene la reliquidación de un mesada pensional, previo a agotar los recursos ante la Administración, el pensionado puede acudir a la jurisdicción para hacer valer sus derechos. Inicialmente acude a un proceso declarativo en el cual se produce una sentencia a favor o en contra. Si la sentencia reconoce el derecho de acuerdo con el artículo 195 de la Ley 1437 de 2011-CPACA, se cuenta con 10 meses para su pago, si no se hace en dicho término el titular del derecho puede iniciar su cobro ejecutivo.

Ahora bien, en el pago dentro del ejecutivo se incluye el respectivo retroactivo pensional, es decir, las diferencias a favor generadas en virtud de la sentencia proferida dentro del proceso declarativo. Es lógico que el derecho de reliquidación se ordena a futuro, es decir, afecta las mesadas pensionales desde que el derecho fue reconocido mediante orden judicial, salvo que la sentencia ordene cosa diferente.

En el mismo sentido, si la pensión se encuentra a cargo de COLPENSIONES esta administradora se encarga del pago total del reajuste y del retroactivo, si la pensión se encuentra a cargo de COLPENSIONES y el SENA, se distribuirá de manera proporcional el reconocimiento y pago.

Por último, sea del caso recordar que el derecho a pensión es imprescriptible, es decir, no prescribe como si lo hace el valor de las mesadas pensionales en forma trienal, cada tres años.

-EDAD DE RETIRO FORZOSO

Desde la Ley 65 de 1967, se consagró en Colombia la edad de retiro forzoso de los empleados

públicos. Es preciso resaltar lo dispuesto en el artículo [31](#) del Decreto Ley 2400 de 1968, modificado por el Decreto Ley 3074 de 1968, el cual estableció el cumplimiento de la edad de sesenta y cinco (65) años como causal de retiro forzoso para todos los empleados de la Rama Ejecutiva. Lo anterior con excepción de los cargos mencionados en el segundo inciso del artículo 29 *ibídem*, es decir, el Presidente de la República, los ministros, los jefes de departamentos administrativos, los superintendentes, los viceministros, los secretarios generales de los ministerios y los departamentos administrativos, los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, los miembros de las misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y los secretarios privados de los referidos despachos. A su vez el Decreto [1950](#) de 1973, dispuso que la edad de retiro forzoso constituye un impedimento para el desempeño de cargos públicos, salvo para los funcionarios expresamente exceptuados en la disposición citada en el párrafo anterior^[1].

En armonía con lo anterior, el artículo [29](#) del Decreto 2400 de 1968, modificado por el artículo 1o del Decreto 3074, estatuyó lo siguiente sobre la causal señalada en el literal d) del artículo [25](#) del Decreto 2400:

Artículo 29. El empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, cesará definitivamente en sus funciones y será retirado del servicio, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que reúna tales condiciones. No obstante, el Gobierno podrá establecer excepciones para el retiro, cuando las necesidades del servicio lo exijan.

La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando que el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años. (Subraya fuera de texto)

A su turno, la Ley 171 de 1961, señaló en su artículo 4, en cuanto a la reincorporación de cargos públicos:

Artículo 4o. Al pensionado por servicios a una o más entidades de derecho público, que haya sido o sea reincorporado a cargos oficiales y haya permanecido o permanezca en ellos por tres (3) años o más, continuos o discontinuos, le será revisada su pensión a partir de la fecha en que quede nuevamente fuera del servicio, con base en el sueldo promedio de los tres últimos años de servicios. La misma regla se aplicará al jubilado por una empresa particular, que haya sido o sea reincorporado por esta a su servicio o al de sus filiales y subsidiarias por el mínimo de tiempo indicado. PARAGRAFO. Cuando la reincorporación del pensionado por tres (3) años o más y su nuevo retiro hayan ocurrido con anterioridad a la vigencia de la presente ley, la pensión revisada solo se causará a partir de dicha vigencia. (Subraya fuera de texto)

En este orden de ideas, la Corte Constitucional había expresado en el año 2016, más exactamente en la sentencia T-376 de 15 de julio de 2016, como aplicar la edad de retiro, debía ser una decisión razonable, así no puede efectuarse de forma automática y siempre debe consultar a la situación particular del servidor público, con el fin de evitar una afectación al mínimo vital. En el

mismo sentido sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia T-012 de 2009, como que el retiro de un servidor público que ha llegado a la edad de retiro forzoso no puede operar de manera automática, pues la autoridad nominadora debe hacer una valoración de sus circunstancias particulares, para garantizar la protección de sus derechos fundamentales, por tratarse de personas que han llegado a la tercera edad y merecen una protección especial del Estado.

Posteriormente, la Ley [1821](#) del 30 de diciembre de 2016, que modificó la edad máxima de retiro forzoso para personas que desempeñan funciones públicas. Así una vez cumplidos los 70 años se causará el retiro inmediato sin posibilidad de reintegro, esta modificación no se aplica a los servidores escogidos por elección popular ni a los empleados civiles de la Rama Ejecutiva. (Artículo 1, Decreto Ley 3074 de 1968).

Constitucionalmente no es admisible aplicar la edad de retiro forzoso a los cargos de elección popular y de período fijo, en atención a que es la voluntad popular mediante la cual los elegidos ocuparán el cargo por el periodo que son elegidos. (T-818 de 2011, la T-254 de 2002, la T-628 de 2006 y la T-668 de 2012). En este sentido, el artículo 1o del Decreto Ley 3074 de 1968 modificó varias normas del Decreto 2400 de 1968, y no solamente el artículo [29](#), por lo que la interpretación literal del inciso segundo del artículo [10](#) de la Ley 1821 conduciría a excluir de la misma a todos los empleados de la Rama Ejecutiva, pues son ellos a quienes se refieren las normas modificadas por el artículo 1o del Decreto 3074[\[2\]](#).

Dicha Ley 1821 tampoco modifica la normativa sobre el derecho a la pensión, ni el régimen de acceso, permanencia o retiro de cargos públicos. La norma en comento, Ley 1821, dispuso en su artículo [2](#):

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 3° del artículo [9](#) de la Ley 797 de 2003. (Subraya fuera de texto)

En este orden de ideas, tenemos que los servidores públicos, pueden permanecer en sus cargos a pesar de haber obtenido su derecho a pensión, y por tal motivo deben continuar cotizando a Seguridad Social en salud, pensión y riesgos laborales, eso sí hasta la edad de retiro forzoso que pasó de sesenta y cinco (65) a setenta (70) años a partir de la vigencia de la norma en cita.

El Consejo de Estado, frente al tema de la edad de retiro forzoso ha señalado lo siguiente:

[...] RETIRO DEL SERVICIO POR RECONOCIMIENTO DE LA PENSION DE VEJEZ – Régimen de transición. Principio de favorabilidad. De acuerdo con las pruebas que obran en el plenario es claro que el actor estaba amparado por el régimen de transición pensional, porque al 1° de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad y más de 19 años de servicio. En tal virtud, tiene derecho a que se le aplique la norma más favorable dentro de los dos sistemas generales que concurren, esto es, el previsto en el artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993 que remite al régimen anterior y el señalado en el parágrafo del artículo [150](#) de la Ley 100 de 1993, según el cual, se reitera, “no podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el sólo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha

llegado a la edad de retiro forzoso.”. De acuerdo con lo anterior, el acto acusado resulta violatorio de las disposiciones citadas razón por la cual se declarará su nulidad, teniendo en cuenta que el actor no podía ser retirado por haber obtenido el reconocimiento de su pensión de jubilación.

[...] RETIRO DEL SERVICIO POR RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ – Restablecimiento del derecho. Alcance. Edad de retiro forzoso. En relación con el restablecimiento del derecho, es del caso señalar que no obstante que la consecuencia jurídica inmediata de la nulidad del acto demandado es el reintegro al cargo desempeñado en la Entidad demandada, en el presente caso, de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, el actor cuenta ya con más de los 65 años que limitan la posibilidad del desempeño de un cargo público, lo que torna imposible el restablecimiento deprecado e impone a la Sala, el reconocimiento de los salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales dejados de percibir desde el momento del retiro del actor y hasta la fecha en que legalmente ha debido seguir vinculado.³](Subraya fuera de texto)

En consecuencia, tenemos que con la Ley [1821](#) de 2016, existe la posibilidad de que el servidor público a pesar de tener su derecho a disfrutar una pensión, permanezca en su cargo hasta la edad de retiro forzoso que es actualmente de 70 años. Igualmente, con anterioridad, en caso de pensionados beneficiarios del régimen de transición, el Consejo de Estado establecía, en aplicación del artículo [150](#) de la Ley 100 de 1993, la posibilidad de continuar laborando hasta la edad de retiro forzoso a pesar de haber obtenido su derecho a pensión. (Entiéndase adquirir el status de pensionado y/o reconocerse dicho derecho)

Se concluye entonces que la Ley [1821](#) de 2016 incrementó a 70 años la edad de retiro forzoso para el desempeño de funciones públicas, norma que se aplica tanto a los servidores públicos que laboran en todas las ramas del poder público, en los órganos autónomos e independientes, en los organismos de control y en las demás entidades y organismos del Estado, como a los particulares que cumplen funciones públicas, tales como los notarios, los curadores urbanos o los empleados de las cámaras de comercio.

En concordancia con la norma anterior, tenemos el Decreto [648](#) de 2017, “por el cual se modifica y adiciona el Decreto [1083](#) de 2015, Reglamentaria Único del Sector de la Función Pública”, el cual dispone:

ARTICULO [2.2.11.1.5](#) Reintegro al servicio de pensionados. La persona mayor de 70 años o retirada con derecho a pensión de vejez no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar los cargos de:

1. Presidente de la República.
2. Ministro del despacho o Director de Departamento Administrativo.
3. Superintendente.
4. Viceministro o Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo.
5. Presidente, Gerente o Director de entidades descentralizadas.
6. Miembro de misión diplomática no comprendida en la respectiva carrera.
7. Secretario privado de los despachos de los servidores anteriores.

8. Consejero o asesor.

9. Elección popular.

10. Las demás que por necesidades del servicio determine el Gobierno Nacional, siempre que no sobrepasen la edad de retiro forzoso.

Parágrafo. La persona que se encuentre gozando de pensión de jubilación y que no haya llegado a la edad de 70 años, podrá ser reintegrada al servicio al empleo de:

1. Director General de Unidad Administrativa Especial con o sin personería jurídica.

2. Subdirector de Departamento Administrativo.

3. Secretario de Despacho código 020, de las Gobernaciones y Alcaldías.

4. Subdirector o Subgerente de establecimiento público.

5. Presidente, Gerente o Subgerente de Empresa Oficial de Servicios Públicos del orden nacional o territorial.

[...]

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 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.

En consecuencia, nos encontramos frente a dos escenarios de la edad de retiro forzoso, antes y después de la Ley [1821](#) de 2016. De otra parte, frente a la situación pensional y posterior a definir la situación del retiro forzoso, si bien la normativa ha generado debate frente al tema del retiro por pensión frente a la edad de retiro forzoso, aspecto que ya se encuentra definido por la ley como se pudo observar, deberá analizarse la facultad concedida por el legislador al empleador de solicitar la pensión de sus servidores consagrada en la Ley [100](#) de 1993 modificada por la Ley [797](#) de 2003.

b) CONCLUSIONES

-La Edad de Retiro Forzoso inicialmente fue de 65 años y con la Ley [1821](#) de 2016 se incrementó a 70 años de edad. Constitucionalmente no es admisible aplicar la edad de retiro forzoso a los cargos de elección popular y de período fijo, en atención a que es la voluntad popular mediante la cual los elegidos ocuparán el cargo por el periodo que son elegidos.

-Hasta la entrada en vigencia de la Ley [1821](#) de 2016 se exigía la edad de 65 años para que operara el retiro forzoso, con posterioridad la edad de 70 años, haciendo la salvedad el legislador con la nueva normativa que quien obtenga su derecho a pensión puede seguir laborando hasta los 70 años siempre y cuando cotice a seguridad social.

-Cuando se ordena vía judicial la reliquidación de una mesada pensional, esto involucra un

incremento en el valor de la misma, derivado de distintas circunstancias. En consecuencia, deberán cancelarse las diferencias que se generen conocidas como retroactivo (afectadas de prescripción trienal de ser el caso), además a futuro el pago de la mesada se efectúa con el nuevo valor reliquidado, salvo que la sentencia disponga lo contrario.

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.

Cordialmente,

Carlos Emilio Burbano Barrera

Coordinador

Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa
Dirección Jurídica

NOTAS AL FINAL:

1. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "A" Bogotá D.C., diecinueve (19) de abril de dos mil doce (2012) Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO Radicación número: 25000-23-25-000-2005-03330-01(0943-08) Actor: TRINIDAD QUINTERO PAVA, CARLOS ARTURO QUINTERO PAVA Y AMANDA QUINTERO PAVA Demandado: MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL.

2. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B". Consejero ponente: TARSICIO CÁCERES TORO. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de enero de dos mil seis (2006). Radicación número: 25000-23-25-000-2002-08547-01(1781-03). Actor: RUTH TRIVIÑOS ORTIZ. Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA.

3. Constitución Política. Artículo [128](#). Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.

4. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B". Consejero ponente: TARSICIO CÁCERES TORO. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de enero de dos mil seis (2006). Radicación número: 25000-23-25-000-2002-08547-01(1781-03). Actor: RUTH TRIVIÑOS ORTIZ. Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA.



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)

