Función Pública

Concepto 387501 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000387501

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000387501

Fecha: 26/10/2021 12:54:23 p.m.

Bogotá

REF.: RETIRO DEL SERVICIO. ¿Una trabajadora oficial extranjera, pueda ser retirada por edad de retiro forzoso? ¿Cómo procede el pago de aportes correspondientes a pensión por el tiempo laborado? Radicado 20212060660362 del 08 de octubre de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta sobre el retiro por edad de retiro forzoso para una trabajadora oficial extranjera y como procede el pago de aportes correspondientes a pensión por el tiempo laborado, me permito informarle lo siguiente:

En primer lugar, es necesario resaltar que la edad de retito forzoso para los servidores públicos se encontraba consagrada en el Decreto ley 2400 de1968 y correspondía a 65 años. Esta norma fue modificada por la Ley 1821 de 2016, así:

"La edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones púbicas 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 subrayado por fuera del texto original).

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 y subrayado por fuera del texto original).

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. Álvaro 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.

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.

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 parágrafo 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.

De acuerdo con lo anterior, se señala que la edad de retiro forzoso cuenta con un carácter imperativo en la ley, por lo que no resulta viable que un trabajador oficial extranjero, continúe en el cargo una vez cumpla con la edad de 70 años, situación que a su vez se constituye como una justa causa para dar por terminado el contrato respectivo.

De otra parte, en lo que tiene que ver con la cotización a pensión del ciudadano extranjero, tenemos que el Ministerio de Salud mediante el Radicado No.: 201731401909081 Fecha: 2017-09-28 manifestó en un caso similar al consultado:

“Hemos recibido su comunicación radicada con el número del asunto en la cual hace la siguiente consulta: “Solicitamos su amable colaboración confirmándonos si aquellos cotizantes que se registren en el Sistema de Seguridad Social Integral y Parafiscales con tipo de identificación Permiso Especial de Permanencia (PE) podrán hacer uso de la marca \\\"Extranjero no obligado a cotizar pensiones\\\" o deberán realizar el aporte a pensiones de forma obligatoria. Lo anterior, debido a que tenemos cotizantes independientes con este tipo de documento que requieren aclaración al respecto, teniendo en cuenta que no se iniciará un proceso de pensión en Colombia”

Sobre el particular con todo comedimiento nos permitimos emitir el presente concepto de manera general y abstracta en los siguientes términos:

El artículo 3 de la Ley 797 de 2003 modificatorio del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, establece que serán afiliados al Sistema General de Pensiones:

"*1. En forma obligatoria: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten*
directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del-sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional de acuerdo con las disponibilidades presupuestales."

2. En forma Voluntaria: Todas las personas naturales residentes en el país y los colombianos domiciliados en el exterior, que no tengan la calidad de afiliados obligatorios y que no se encuentren expresamente excluidos por la presente ley.

Los extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo permanezcan en el país y no estén cubiertos por ningún régimen de su país de origen o de cualquier otro." *(El subrayado es propio)*

Como se puede observar y para caso puntual de su consulta, el extranjero que labora en Colombia no ha sido contemplado como un afiliado obligatorio del Sistema General de Pensiones y por ello su afiliación es voluntaria a dicho sistema si no se encuentra cubierto por algún régimen en su país de origen o por un convenio de seguridad social.

Por lo anterior, para el pago de los aportes a los demás sistema que se encuentre obligado según el tipo de cotizante, en la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes- PlLA, de conformidad con lo establecido en la Resolución 2388 de 2016 “Por la cual se unifican las reglas para el recaudo de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral y Parafiscales” modificada por las Resoluciones 5858 de 2016 y 980 y 1608 de 2017 numeral 2.1.2.3.3, deberá diligenciar el Campo 7 - Extranjero no obligado a cotizar a pensiones, así:

“2.1.2.3.3 Campo 7 - Extranjero no obligado a cotizar a pensiones

Es utilizado cuando el cotizante es un ciudadano extranjero que no está obligado a cotizar al Sistema General de Pensiones de acuerdo con la Ley, pero debe cotizar a los demás sistemas según el tipo de cotizante que corresponda. No deben diligenciar los campos 19, 20, 28, 31, 32, 36, 42, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52 y 53 del registro tipo 2 del archivo tipo 2.

El tipo de documento deberá corresponder a alguno de los siguientes:

CE. Cedula de extranjería

PA. Pasaporte

CD. Carné diplomático.

SC. Salvo Conducto de permanencia"

Este campo también podrá ser utilizado con el tipo de documento - PE. Permiso Especial de Permanencia de conformidad con lo previsto en la Resolución 3016 de 2017 "Por la cual se modifican los Anexos Técnicos 1,2 y 3 de la Resolución 2388 de 2016 modificada por las Resoluciones 5858 de 2016, 980 y 1608 de 2017"

La presente consulta, se atiende en los precisos términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 sustituido por el artículo 1o de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual "salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución", constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Teniendo en cuenta lo señalado, nos permitimos transcribir sus interrogantes para darles respuesta en el mismo orden de presentación, así:

¿La trabajadora al ser ciudadana extranjera (Cubana), puede ser despedida por la edad de retiro forzoso?

Toda persona que desempeñe una función pública como servidor público (empleado público o trabajador oficial), no podrá seguir vinculado al servicio después de cumplir la edad de retiro forzoso, esto es, 70 años de edad. En las normas que regulan la materia no se hacen excepciones por la ciudadanía de los servidores públicos, por lo que se entiende que los extranjeros también se encuentran incluidos en esta prohibición.

¿La Empresa debe cancelar al fondo que elija la trabajadora los aportes correspondientes a pensión en la vigencia de la relación laboral?

De acuerdo con lo manifestado por el Ministerio de Salud resulta viable que en la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes- PILA se excluya a los extranjeros, toda vez que el extranjero que labora en Colombia no ha sido contemplado como un afiliado obligatorio del Sistema General de Pensiones y por ello su afiliación es voluntaria a dicho sistema si no se encuentra cubierto por algún régimen en su país de origen o por un convenio de seguridad social.

¿Se debe solicitar al fondo que elija la trabajadora el cálculo actuarial para que la Empresa realice los aportes correspondientes?

Se reitera lo señalado en el punto anterior.

¿La Empresa puede despedir a la trabajadora extranjera en razón al retiro forzoso, aunque no se hayan realizado el pago de aportes a pensión, al ser una persona excluida de cotizar en su condición de extranjera?

Se reitera que toda persona que desempeñe una función pública como servidor público (empleado público o trabajador oficial), no podrá seguir vinculado al servicio después de cumplir la edad de retiro forzoso, esto es, 70 años de edad. En las normas que regulan la materia no se hacen excepciones por la ciudadanía de los servidores públicos, por lo que se entiende que los extranjeros también se encuentran incluidos en esta prohibición, en cuanto a no haberse realizado aportes a pensión, de conformidad con lo señalado por el Ministerio de Salud los mismos resultan voluntarios para los ciudadanos extranjeros, de manera que no resultan necesarios los aportes a pensión para poder hacer el retiro del trabajador.

De ser así, solicitamos se nos indiquen los pasos a seguir para el respectivo aporte al sistema general de pensiones.

De acuerdo con lo señalado hasta el momento, esta pregunta no requeriría respuesta. No obstante y con el fin de que sus interrogantes dos, tres y cinco sean estudiados puntualmente por la entidad competente, su consulta será remitida al Ministerio de Salud y Protección Social.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid – 19, me permito indicar que en el link http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo y https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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

Maia Borja/HHS.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. "Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas".

2. https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjK1Inzo-jzAhWhVTABHd7vAN0QFnoECAIQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.aportesenlinea.com%2Fhome%2FDownload.aspx%3Farc%3DAclaraci%25C3%25B3n%2520acerca%2520de%2520tipo%2520de%2520documento%2520PE.PDF&usg=AOvVaw27XQxgr6ltgwZuCYKiGbm_

Fecha y hora de creación: 2025-11-20 11:37:02