



Departamento Administrativo
de la **FUNCIÓN PÚBLICA**
República de Colombia

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20132040161761

Fecha: 23/10/2013 12:45:11 p.m.

Bogotá D. C.,

Señor
LUIS JORGE HERNÁNDEZ GÓMEZ
pili1608@hotmail.com
Bogotá D. C.,

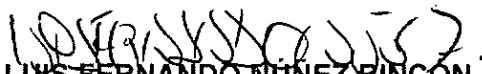
Referencia: Solicitud de respuesta. Rad. 20132060159092 del 16 de octubre de 2013.

Cordial saludo,

En atención a su solicitud, respetuosamente le informo que de acuerdo a las averiguaciones adelantadas por el Grupo de Atención al Ciudadano se pudo constatar que la petición de consulta elevada por usted el día 11 de septiembre del 2013, se asignó por competencia a la Dirección Jurídica, la cual emitió concepto en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, dando respuesta a la petición mediante comunicado externo No.20136000141031 del 13 de septiembre de 2013, oficio suscrito por la doctora Claudia Patricia Hernández, Directora Jurídica.

Es importante recordar que de acuerdo a lo señalado en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, los términos para dar respuesta a las peticiones de consulta deberán resolverse dentro de los 30 días hábiles siguientes a su recepción.

Cordialmente;


LUIS FERNANDO NUÑEZ RINCÓN
Coordinador Grupo de Atención al Ciudadano

Anexo: Comunicado Externo N° 20136000141031 en 5 folios.

Karina Tenjo/Luis Fernando Nuñez

204.34.2

"Tú sirves a tu país, nosotros te servimos a ti"

Carrera 6 No. 12-62, Bogotá, D.C., Colombia • Teléfono: 334 4060/87 • Fax: 341 0515 • Línea gratuita 018000 917 770
Código Postal: 111711. Internet: www.dafp.gov.co • Email: webmaster@dafp.gov.co





Departamento Administrativo
de la FUNCIÓN PÚBLICA
República de Colombia

PROSPERIDAD
PARA TODOS



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20136000141031

Fecha: 13/09/2013 05:34:41 p.m.

Bogotá, D.C.

Señor

LUIS JORGE HERNÁNDEZ GÓMEZ

E-mail: pili1608@hotmail.com

REF: RETIRO DEL SERVICIO. Viabilidad de retirar a un funcionario que cuenta con resolución en firme de reconocimiento de la pensión de jubilación y aún no ha llegado a la edad de retiro forzoso. Radicación: 20139000024762.

Respetado señor, reciba un cordial saludo:

Retiro del servidor por cumplir con los requisitos para obtener derecho a la pensión.
Sobre el particular le manifiesto:

1. La Ley 797 de 2.003 por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales, señala:

"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. 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." (Subrayado fuera de texto).

2. La Ley 909 de 2004 por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, establece:





Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

"(...)"

e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;

"(...)"

3. La Corte Constitucional en Sentencia C-1037 de 2003, respecto al retiro de los servidores públicos con derecho a pensión de las entidades del Estado, señala:

"En consecuencia, compete al Legislador, en ejercicio de la potestad de configuración política, determinar las demás causales de terminación de las relaciones laborales públicas y privadas, respetando los límites, principios y valores constitucionales. Por tanto, la regulación prevista en el párrafo 3° del artículo 9° de Ley 797 de 2003, al establecer una causal de terminación de la relación laboral, tiene amparo constitucional, si se entiende como más adelanté se indicará.

8.- En ese orden ideas, cuando un trabajador particular o un servidor público han laborado durante el tiempo necesario para acceder a la pensión, es objetivo y razonable que se prevea la terminación de su relación laboral. Por un lado, esa persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión, como contraprestación de los ahorros efectuados durante su vida laboral y como medio para gozar del descanso, en condiciones dignas, cuando la disminución de su producción laboral es evidente. Por otro lado, crea la posibilidad de que el cargo que ocupaba sea copado por otra persona, haciendo efectiva el acceso en igualdad de condiciones de otras personas a esos cargos, pues no puede perderse de vista que los cargos públicos no son patrimonio de las personas que lo ocupan.

9.- Además de lo anterior, en anteriores oportunidades cuando esta Corporación estudió las disposiciones legales sobre edad de retiro forzoso, manifestó que era legítimo ese retiro por cuanto permitía la realización de varios derechos. Al servidor público se le hacía efectivo su derecho al descanso, con el disfrute de la pensión. Se permitía, asimismo, el acceso de las nuevas generaciones a los cargos públicos. Y a la función pública enrumbarse por caminos de eficacia y eficiencia, al contar con nuevo personal. Sobre este particular dijo la Corte:

"(...)"

Esta circunstancia permite a la Corte concluir que no puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, precisamente para asegurar al trabajador y a su familia los ingresos mínimos vitales, así como la efectividad y primacía de sus derechos (C.P., arts. 2° y 5°). Por tanto, la única posibilidad de que el precepto acusado devenga constitucional es mediante una sentencia aditiva para que el trabajador particular o servidor público sea retirado sólo cuando se le garantice el pago de su mesada pensional, con la inclusión en la correspondiente nómina, una vez se haya reconocido su pensión.

La Corte constata que con este condicionamiento no se incurre en la prohibición constitucional conforme a la cual no se pueden recibir dos asignaciones que provengan del tesoro público (C.P., art.128), en relación con los pensionados del sector público, pues una vez se incluye en la nómina correspondiente el pago de la mesada pensional respectiva debe cesar la vinculación laboral."





De acuerdo a lo anteriormente expuesto, en criterio de esta Dirección, los empleados que cumplan con los requisitos para obtener la Pensión de Jubilación o Vejez podrán ser retirados del servicio, hasta su inclusión en nómina de pensionados.

Ahora bien, en relación al retiro de los funcionarios cuando han cumplido la edad de retiro forzoso, esto es, a los 65 años de edad, debe indicarse que la misma procede cuando se presenten las siguientes condiciones:

El Decreto 2400 de 1968, por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones, establece:

"Artículo 31. Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado."

"(...)"

El Decreto 3135 de 1968, Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, preceptúa:

"Artículo 29. PENSION DE RETIRO POR VEJEZ. A partir de la vigencia del presente decreto el empleado público o trabajador oficial que sea retirado del servicio por haber cumplido la edad de 65 años y no reúna los requisitos necesarios para tener derecho a pensión de jubilación o invalidez tendrá derecho a una pensión de retiro por vejez, pagadera por la respectiva entidad de previsión equivalente al veinte por ciento (20%) de su último sueldo devengado y un dos por ciento (2%) más por cada año de servicios, siempre que carezca de recursos para su congrua subsistencia. Esta pensión podrá ser inferior al mínimo legal. (Conc. Arts. 81 a 92 Dec. 1848/69; Ley 4/76; Art. 2 Ley 71/88)

El Decreto 1950 de 1973, por el cual se reglamentan los Decretos - Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil, aduce:

"Artículo 122º. La edad de sesenta y cinco (65) años constituye impedimento para desempeñar **cargos públicos**, salvo para los empleos señalados en el inciso segundo del Artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año."

La Ley 344 1996, por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones, expone:

"Artículo 19. Sin perjuicio de lo estipulado en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, el servidor público que adquiera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso. Los docentes universitarios podrán hacerlo hasta por diez años más. La asignación pensional se empezará a pagar solamente después de haberse producido la terminación de sus servicios en dichas instituciones."

La Corte Constitucional, en Sentencia C-563 de 1997, Magistrado Ponente, doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, preceptuó:





"El cumplimiento de la edad de retiro forzoso como causal para desvincular a un servidor público de su cargo se encuentra directamente consagrada por el Estatuto Superior para el caso de los magistrados de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (C.P., artículo 233). De otra parte, el personal civil al servicio de la rama ejecutiva del poder público (Decreto 2400 de 1968, artículo 1°) deberá ser retirado del servicio, sin posibilidad de reintegro, al cumplir los sesenta y cinco años de edad, según lo dispone el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968. Así mismo, la edad, como causal de retiro forzoso, se encuentra consignada en los regímenes especiales de administración de personal aplicables a los servidores de la rama judicial del poder público (Ley 270 de 1996, artículo 149-4), del Ministerio Público (Ley 201 de 1995, artículo 166-f), de la Contraloría General de la República (Ley 106 de 1993, artículo 149-6) y de la Registraduría Nacional del Estado Civil (Decreto 3492 de 1986, artículo 100-d).

"En efecto, la posibilidad de retirar a un servidor público de su empleo, una vez ha alcanzado una determinada edad fijada en la ley, es un instrumento de que disponen el legislador y la administración para lograr el principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos (C.P., artículos 13 y 40-7) y el derecho al trabajo de los ciudadanos que aspiran a desempeñarse como trabajadores al servicio del Estado (C.P., artículo 25)."

La misma corporación en Sentencia T- 012 de 2009 referente al retiro del empleado que cumple la edad de retiro forzoso, preceptuó:

"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, por que 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.

Muestra de este propósito de protección del Estado a los trabajadores, es la expedición de normas por parte del legislador para proteger a personas que se encuentran en circunstancias similares a las del accionante en esta tutela, y garantizar sus derechos fundamentales.

Tal es el caso del parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual es indicativo de la protección que el Estado brinda a los trabajadores que culminan su vida laboral. El citado precepto establece como causal de terminación, con justa causa por parte del empleador, de las relaciones laborales o legales reglamentarias, el cumplimiento de los requisitos para pensionarse. Sin embargo, su aplicación sólo es posible hasta tanto al trabajador le ha sido reconocido el derecho a la pensión y se le ha incluido en nómina para su pago. Norma que, si bien no es aplicable a este caso concreto, demuestra la intención del legislador de proteger a los trabajadores, en tanto solamente es posible aplicarla, cuando no vulnera derechos fundamentales de los trabajadores y responda a una valoración de las circunstancias particulares del caso. Al respecto la Corte indicó en la Sentencia C-1043 de 2003¹⁴¹ que "el mandato constitucional previsto en el artículo 2° de la Constitución, según el cual el Estado debe garantizar la "efectividad de los derechos", en este caso del empleado, público o privado, retirado del servicio asegurándole la "remuneración vital" que garantice su subsistencia, su dignidad humana y los derechos de los trabajadores impone el deber de dictar una sentencia aditiva,

"Tú sirves a tu país, nosotros te servimos a ti"

Carrera 6 No. 12-62, Bogotá, D.C., Colombia • Teléfono: 334 4080/87 • Fax: 341 0515 • Línea gratuita 018000 917 770
Código Postal: 111711. Internet: www.dafp.gov.co • Email: webmaster@dafp.gov.co





esto es que agregue un supuesto de hecho o requisito a los señalados por el legislador con el fin de hacer compatible la norma con la Constitución Política. En este caso es necesario adicionar a la notificación de la pensión la notificación de su inclusión en la nóminas de pensionados correspondiente."

"Conforme con las consideraciones generales de esta providencia la fijación legal de una edad de retiro forzoso como causal de desvinculación del servicio público, siempre que responda a criterios objetivos y razonables, constituye una medida constitucionalmente válida gracias a la cual el Estado redistribuye un recurso escaso, como lo es el empleo público, con el propósito de que todos los ciudadanos tengan acceso a este en condiciones de equidad e igualdad de oportunidades. Sin embargo tal y como se expresó previamente, la aplicación de este tipo de normas por parte de la administración debe ser razonable, de tal manera que sea el resultado de una valoración de las condiciones particulares del trabajador en cada caso concreto. Ello para garantizar el respeto de los derechos fundamentales del trabajador, toda vez que se trata de personas que han llegado a la tercera edad, 65 años, y que por tanto merecen especial protección por parte del Estado.

Así, dimensionada la situación del accionante de manera integral, estima la Sala que la administración pública, vista en su conjunto, le ha infringido una vulneración grave de sus derechos. Por una parte, incumpliendo las normas en la materia, guarda silencio por un periodo superior a un año con respecto a la solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación elevada por el actor. Por otra parte, la administración procede a la desvinculación del accionante del servicio, conforme con una simple aplicación objetiva de las normas de retiro forzoso del servicio por cumplimiento de la edad de 65 años, sin hacer una valoración de sus circunstancias particulares, como son (i) la entera dependencia de su salario para la satisfacción de sus necesidades; y (ii) la falta de respuesta de fondo de la solicitud de pensión que había presentado, privándolo con ese proceder, desproporcionado e injustificado, de la posibilidad de percibir un ingreso que le permita proveerse su subsistencia y la de su familia, con lo cual se vulnera su derecho fundamental al mínimo vital."

Por lo expresado, esta Dirección considera que en el evento de llegar el empleado a la edad de 65 años, sin que se le incluya en nómina de pensionados, sea retirado del servicio con fundamento en la normativa y jurisprudencia arriba citada, en razón a encontrarse inhabilitado para seguir trabajando en una entidad pública o vincularse como servidor público, excepto los casos permitidos por la Ley. Lo anterior, significa que frente al caso consultado sólo es viable contemplar la edad de retiro forzoso como causal de retiro del servicio en el evento de que el funcionario llegue a esta edad y no cumpla con los requisitos de edad y tiempo de semanas cotizadas con el fin de adquirir el derecho a la pensión de vejez.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Cordialmente,


CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN
Directora Jurídica


RMM/JFCA

600.4.8. RAD. 20139000024762.

