

**FORMATO PARA CONCEPTO JURÍDICO**Código del formato:
DG-A-P-023-F001

Versión: 04

Página 1 de 6

Concepto Jurídico No. 0006-OJ-DG-2021

Bogotá D.C., martes 9 de marzo de 2021

Doctor

JORGE ARTURO JIMÉNEZ PÁJARO

Director General

Doctora

YAMILE ROMERO VARGAS

Jefe Oficina de Personal

Doctor

LUIS GONZALO COMBA TORRES

Asesor Dirección General

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses

Ciudad

Asunto: solicitud concepto jurídico

Referencia: solicitud concepto jurídico radicado interno DISAC N° 00048-OJ-DG-2021
del 22 de febrero de 2021.

De acuerdo con las funciones otorgadas a la Oficina Asesora Jurídica en el artículo 8°, numeral 2°, del Acuerdo 08 de 2012, expedido por la Junta Directiva del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – INMLCF –, con fundamento en el procedimiento interno y dentro del plazo previsto en la normatividad vigente, respondo su requerimiento en los siguientes términos:

CONSULTA

La jefe de la Oficina de Personal consulta sobre las normas aplicables para desvincular a los servidores públicos de la entidad que tienen 70 o más años de edad, y no han manifestado el retiro voluntario del servicio por estas razones:

“1. No tienen el reconocimiento de pensional, por no tener cotizados el número de semanas, o no haber laborado el tiempo requerido por la ley”.

2. “Cuando cumplen requisitos de edad y semanas, pero no tienen voluntad de retiro, ya que no han solicitado los documentos para que se adelante el reconocimiento pensional por parte del fondo de pensiones público o privado”.

3. “Cuando no cumplen con el tiempo de servicios, pero si la edad, y se encuentran afiliados a un fondo privado o público”.

4. “Cuando ya cuentan con el acto administrativo de reconocimiento pensional, sin embargo, no han solicitado su retiro voluntario del cargo para que se incluya en la nómina pensional”.

RESPUESTA

I. El retiro forzoso del cargo por edad según la ley

El Artículo 96 del Decreto 020 de 2014¹, aplicable a los servidores públicos de Medilegal, enseña que el retiro del servicio de quienes desempeñan empleos de libre nombramiento y remoción o de carrera en la Fiscalía General de la Nación y en sus entidades adscritas se produce, entre otros, en los siguientes casos: 8. Edad de retiro forzoso

El tema de la edad de retiro forzoso mencionada en el Artículo 96 del Decreto 020 de 2014, actualmente tiene concordancia con el artículo 1º del Decreto 321 de 2017, por medio del cual se corrigió el artículo 1º de la Ley 1821 de 2016, donde leemos: “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”.

II. El retiro forzoso del servicio por edad desde la Constitución Política

Desde lo constitucional el retiro forzoso por edad está relacionado en forma directa con algunos principios y derechos fundamentales constitucionales.

Entre los principios despunta la dignidad humana y el trabajo. De los derechos fundamentales forman parte el mínimo vital que cubre al actor como sujeto de especial protección reforzada por el Estado, seguridad social con reconocimiento y sujeto al cumplimiento de requisitos de edad y tiempo de cotización exigidos por el respectivo régimen al cual está afiliado.

Cuando hay amenaza o vulneración de derechos fundamentales hay lugar a presentar acciones de tutela de acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, y ello trae consigo fallos de la Corte Constitucional que constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial (Artículo 230. Constitución Política).

¹ Por el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas.

La Corte Constitucional desde hace tiempo ha sometido a estudio el tema del retiro forzoso por edad y ha señalado líneas que resultan indispensables observar a efectos de no transgredir derechos fundamentales de servidores públicos por solo hecho de desvincularlos de la entidad por tener 70 o más años de edad.

De ahí la necesidad de recurrir a esta fuente con el fin de recordar aquí pautas esenciales fijadas por la Corte Constitucional y resolver con ellas los cuatro interrogantes planteados en la solicitud objeto de este concepto.

III. El retiro forzoso del servicio por edad en la jurisprudencia nacional

La Corte Constitucional respecto al retiro forzoso del servicio por edad ha dictado más de cincuenta (50) fallos en acciones de tutelas interpuestas por diversas personas del sector público vinculadas a diversas entidades en calidad de celador de hospital, docente, funcionario de la Fiscalía General de la Nación, conductor en una Alcaldía municipal, personas con discapacidad, prepensionado, personas responsable de su esposo con discapacidad, auxiliar de servicios generales, persona de especial protección por la edad -71 años-, trabajador que se desempeñaba como vigilante a quien le faltaban dos meses y medio para completar los veinte años de cotización y fue retirado del cargo.

El estudio de la mayor parte de sentencias que ha dictado la Corte Constitucional con motivo de retiros forzoso por edad, enseña lo siguiente:

1. El empleador no puede retirar al trabajador particular o servidor público hasta tanto no le hubiera sido garantizado el pago de su mesada pensional.

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 (...) ²

2. El empleador no debe vulnerar el derecho fundamental del accionante al mínimo vital “sin haber realizado una valoración de sus circunstancias particulares” ³

3. En cada caso concreto es necesario valorar las especiales circunstancias de los trabajadores, toda vez que ella no puede producir una vulneración de derechos fundamentales, sobre todo, cuando son personas de la tercera edad. No tiene cabida “la simple aplicación objetiva de las normas de retiro forzoso del servicio por cumplimiento de la edad de 65 años.

Con ese propósito es indispensable “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,

² C-1037- 2003

³ T 865-2009

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”⁴

4. Además de realizar una “valoración de sus circunstancias particulares” el empleador debe considerar que la persona en edad de retiro forzoso puede tener inconvenientes para el reconocimiento de la pensión de vejez “imputables a la mora de su empleador, y que por lo tanto el pago de la prestación de vejez no podría materializarse en el corto plazo”. En consecuencia, ordenó el reintegro al cargo que desempeñaba o uno equivalente hasta tanto fuese incluido en nómina de pensionados ⁵

5. Aunque la figura del retén social fue prevista para la liquidación de entidades públicas y “(...) el ejemplo sirve como parámetro de interpretación jurídica para no tomar estas decisiones únicamente bajo criterios objetivos”.

En este caso la Corte concluyó: “el actor ha debido ser mantenido en el cargo hasta completar los 20 años de cotizaciones, y luego de completarlos, ha debido permanecer en el mismo, hasta que el Fondo de Pensiones le empezara a pagar efectivamente su mesada pensional” ⁶

6. La Corte consideró que una persona debía ser reintegrada hasta tanto el Instituto de Seguros Sociales se pronunciara de fondo respecto de la solicitud de pensión de vejez⁷

7. Las entidades públicas deben considerar las condiciones particulares de cada persona para evitar que el retiro del servicio del adulto mayor implique una vulneración a sus derechos fundamentales, especialmente su derecho al mínimo vital, ya que en aquellos eventos en los que la remuneración por el ejercicio de sus funciones constituye su única fuente de ingresos.

Existen elementos fácticos y normativos que permiten inferir con un alto grado de certeza cuando la persona tiene derecho a acceder a la pensión. Y aunque no se haya determinado cuál es la prestación económica a la que tiene derecho para garantizar su derecho a la seguridad social, este tendrá derecho a permanecer en su cargo hasta que se resuelva de fondo y en forma aceptable su situación pensional”⁸.

8. Las subreglas evidencian una pauta jurisprudencial según la cual no se considera razonable la decisión de desvincular del servicio a una persona mayor que ha alcanzado la edad de retiro forzoso, cuando antes no se han valorado las circunstancias específicas del trabajador, en aras de evitar una vulneración de sus derechos fundamentales, en específico de su derecho al mínimo vital.

Se ha admitido que “entre más cotizaciones se tenga más deberá propenderse por la obtención de una pensión”.

⁴ T-012-2009

⁵ T 865-2009

⁶ T-495-2011

⁷ T-660-2011

⁸ Sentencia T-822-2014

Por ello, se ha brindado una defensa por vía constitucional que se ha enfocado en los casos en que el derecho pensional se encuentra pendiente de definición por actuaciones negligentes del empleador o de la administradora de pensiones que corresponda, o en las hipótesis en las que realmente el trabajador tiene una expectativa legítima acerca de su reconocimiento, como opera respecto de los denominados prepensionados⁹

9) La Corte ha sostenido como excepción que la protección constitucional a través de la acción de tutela sí procede cuando al momento de la desvinculación el trabajador o servidor público no ha logrado el reconocimiento de una pensión que garantice su derecho al mínimo vital y no cuenta con otra fuente de ingresos que le permita satisfacer sus necesidades básicas.¹⁰

10) La edad de retiro forzoso tiene la finalidad de redistribuir y renovar el recurso escaso que es el empleo público en condiciones de equidad e igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos, así como asegurar las condiciones de funcionalidad del trabajador.

Sin embargo, como lo dijo la Corte, tal figura está concebida sobre la base de que para el servidor público que es desvinculado debe operar el sistema de seguridad social en pensiones, y garantizar el derecho al mínimo vital de quien alcanza la edad del retiro forzoso¹¹

IV. Conclusión

1. Medilegal no puede retirar al servidor público hasta tanto no le haya sido garantizado el pago de su mesada pensional.

2. Medilegal no debe vulnerar el derecho fundamental al mínimo vital de sus servidores públicos en edad de retiro forzoso, sin haber realizado una valoración de sus circunstancias particulares como: a) entera dependencia de su salario para la satisfacción de sus necesidades, b) falta de respuesta de fondo de la solicitud de pensión que ha presentado, c) inconvenientes para el reconocimiento de la pensión de vejez imputables a la mora del empleador, d) analizar si la remuneración por el ejercicio de las funciones constituye su única fuente de ingresos, e) inferir con un alto grado de certeza que tiene derecho a acceder a la pensión, aunque no se haya determinado cuál es la prestación económica a la que tiene derecho, f) determinar la cantidad de cotizaciones de la persona, g) establecer si el trabajador ha logrado el reconocimiento de una pensión que garantice su derecho al mínimo vital o tiene otra fuente de ingresos que le permita satisfacer sus necesidades básicas.

3. Cuando la persona no tiene reconocimiento pensional, por no tener cotizados el número de semanas, o no haber laborado el tiempo requerido por la ley, Medilegal debe hacer las averiguaciones correspondientes y analizar la dependencia de su salario para la satisfacción de sus necesidades.

⁹ Sentencia T-643-2015

¹⁰ Sentencia T-734-2015

¹¹ Sentencia T-631-2016

FORMATO PARA CONCEPTO JURÍDICO

Código del formato:

DG-A-P-023-F001

Versión: 04

Página 6 de 6

4. Cuando el servidor público de Medilegal cumple requisitos de edad y semanas, pero no tiene voluntad de retiro, ya que no han solicitado los documentos para que se adelante el reconocimiento pensional por parte del fondo de pensiones público o privado, de acuerdo con lo expuesto por el Consejo de Estado¹² es indispensable:

i) Tener certeza que al servidor público ya se le ha reconocido un derecho pensional. Así se evita vulnerar derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional,

ii) Verificar que el reconocimiento y pago de la pensión puede demorarse considerablemente por varias razones, entre otras, una conducta negligente de la entidad.

iii) Colaborar la entidad de manera pronta y diligente con documentos de la historia laboral y demás que tenga en su poder y sean requeridos en el trámite pues en ocasiones hay falta de respuesta de fondo de la solicitud de pensión por parte de la entidad de prestación social correspondiente por aquella razón.

iv) Solicitar que se resuelva pronto la solicitud de reconocimiento y pago de pensión de jubilación.

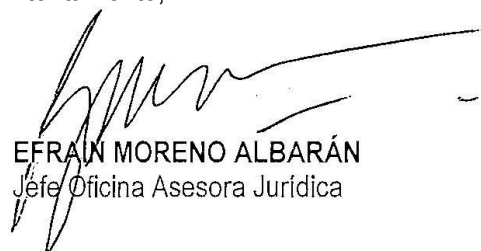
v) Verificar que la persona goce efectivamente de su pensión e inclusión en nómina en aras de asegurarle su remuneración vital.

En la sentencia T-007 de 2010, la Corte reitero la necesidad de garantizar que el salario que deja de obtener la persona como resultado del retiro, tenga un sustituto adecuado y eficaz en la pensión de vejez a fin de no atentar contra sus derechos fundamentales y al mínimo vital.

5. Cuando los servidores públicos de Medilegal no cumplen con el tiempo de servicios, pero si la edad, y se encuentran afiliados a un fondo privado o público, la entidad debe hacer las averiguaciones correspondientes y analizar la dependencia de su salario para la satisfacción de sus necesidades.

6. Cuando los servidores públicos de Medilegal ya tienen el acto administrativo de reconocimiento pensional, sin embargo, no han solicitado su retiro voluntario del cargo para que se incluya en la nómina pensional, a la entidad le corresponde solicitar la inclusión de la persona en la nómina.

Atentamente,



EFRAÍN MORENO ALBARÁN
Jefe Oficina Asesora Jurídica

¹² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A expediente Identificado con radicado 25000232500020070118501 (1232-09)