

Vulneración del derecho de la pensión de vejez de servidores públicos en condición de pre pensionados, por causa del retiro forzoso establecido en la ley 1821 de 2016.

Autores

Ignacio Antonio Castro Camargo¹

Especialista en Ingeniería Ambiental

E-mail: ignaciocastro2009@hotmail.com

Rubén Rodríguez Chaparro²

Especialista en Derecho Administrativo

ruben-rodriguez@unilibre.edu.co

Especialización en Derecho Laboral y Seguridad Social

Universidad Libre

1

2

Resumen

En el presente artículo se estudiarán las decisiones de la administración pública al terminar la relación laboral con los servidores públicos que cumplen setenta (70) años de edad, la cual conlleva a vulnerar a los no pensionados e interrumpir el derecho a adquirir la pensión de jubilación o vejez, por ello, se llevará a cabo el análisis de la ley 1821 de 2016, y diferentes decisiones jurisprudenciales de orden nacional e internacional vislumbrando la necesidad de proteger a estos sujetos de derecho que no pueden ser desprotegidos por la ley pensional, donde también es esencial revisar las circunstancias particulares del servidor, supuestos de hecho y de derecho para ser beneficiarios del denominado retén social, esto es, por acreditar que están próximos a cumplir (dentro de los 3 años siguientes al retiro) las semanas requeridas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Palabras Clave. Servidor público, pensión, derechos adquiridos, retiro forzoso.

Abstract

In this article, the decisions of the public administration at the end of the employment relationship with public servants who are seventy (70) years of age will be studied, which leads to violating non-pensioners and interrupting the right to acquire the retirement pension. or old age, therefore, the analysis of Law 1821 of 2016 will be carried out, and different jurisprudential decisions of a national and international order, glimpsing the need to protect these subjects of law that cannot be unprotected by the pension law, where also it is essential to review the particular circumstances of the server, assumptions of fact and law to be beneficiaries of the so-called social

retention, that is, to prove that they are close to fulfilling (within 3 years after retirement) the weeks required in the Regime of Average Premium with Defined Benefit.

Keywords. Public servant, pension, acquired rights, forced retirement

Introducción

Se pretende demostrar al lector que, la decisión de la administración Pública de dar por terminada la relación laboral con el servidor público que cumple los 70 años de edad, conlleva a la vulneración del derecho a la pensión de jubilación o de vejez, cuando dicha decisión no está precedida de un análisis por parte de la administración, de las circunstancias particulares del servidor, ni de la verificación que le permita descartar que el destinatario del retiro, no se encuentre en los supuestos de hecho y de derecho para ser beneficiarios del denominado retén social, esto es, por acreditar que están próximos a cumplir (dentro de los 3 años siguientes al retiro) las semanas requeridas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Lo anterior, sin desconocer las decisiones de exequibilidad de que ha sido objeto la Ley 1821 de 2016, particularmente en la C-135 de 2018, mediante la cual se declaró exequible la ley, *“en lo que atañe al cargo por la presunta violación del mandato de no regresividad en materia laboral”* (aspecto que se abordará en forma sintética más adelante);

No se pretende discutir el denominado espíritu de la ley, que quizás se buscó con esta causal de retiro, la cual es generar movilidad en el ingreso o ascenso a los cargos públicos, materializar el principio de igualdad de oportunidades de ingreso al sector oficial, y quizá, propender porque la función pública sea atendida por servidores que se encuentren en el pleno uso de su vitalidad, que les permita ser más eficientes y en últimas cumplir los fines y principios fundantes de la Constitución Política de Colombia, entre estos últimos, el respeto a la dignidad humana.

Así las cosas, al desarrollar los objetivos específicos que se van a vislumbrar en el presente contenido, se va a mostrar al lector que, bajo la égida de la seguridad social, su regulación constitucional y legal, la línea jurisprudencial vigente en la materia, en especial la atinente a los

denominados pre pensionados, y la vigencia de las normas que regulan el retén social, no puede ser desvinculado un servidor público cuando dentro de los 3 años siguientes al retiro, vaya a cumplir las semanas requeridas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues ello implica la vulneración del derecho a la pensión de vejez como se plantea en el problema jurídico.

Para el cumplimiento de estos objetivos, se aplicará como estrategia metodológica, una mixtura entre los *métodos cualitativo y exploratorio* (este último en tanto luego de la expedición de la ley 1821 de 2016 no se encontraron estudios ni pronunciamientos recientes), para lo cual necesariamente se partirá de lo establecido la Constitución Política de Colombia *en materia de seguridad social*, en tanto la pensión es uno de sus componentes; se acudirá a las normas jurídicas internacionales más relevantes que se han proferido para buscar su tutela o protección; a los pronunciamientos más relevantes que tiene la línea jurisprudencial nacional en la materia, y de ser posible, a la doctrina nacional y extranjera y demás documentos o estudios que brinden información importante para el logro de los objetivos.

Planteamiento interrogativo o pregunta investigativa

La razón de ser de la realización del presente trabajo de investigación obedece a la necesidad de absolver el interrogante de si, ¿El retiro forzoso exigido en la Ley 1821 de 2016, vulnera el derecho a la pensión de jubilación o de vejez de las personas vinculadas laboralmente al sector público, con estatus de pre pensionados, próximos a acreditar (dentro de los 3 años siguientes) las semanas requeridas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida?

Objetivos

Objetivo general:

Establecer que, con la expedición de la Ley 1821 2016, se vulnera el derecho a la pensión de vejez de servidores públicos *en condición de pre pensionados*, en tanto no contempló las sub reglas establecidas en la materia, por la línea jurisprudencial vigente emitida por las altas cortes.

Objetivos específicos

Hacer un estudio de manera breve del significado legal de lo que es Seguridad Social en las normas jurídicas tanto nacionales como internacionales de mayor relevancia en el ordenamiento jurídico interno.

Corroborar, si con la entrada en vigor de la Ley 1821 de 2016, se derogaron en forma expresa o tácita, las disposiciones jurídicas que regulan el denominado reten social en materia de pre pensionados, es extensiva a los servidores públicos que acrediten esta condición en vigencia de la precitada ley.

Analizar el tema propuesto, desde la órbita de los tratados internacionales, bloque de constitucionalidad, derechos humanos de las personas de la tercera edad, y la perspectiva de la condición más beneficiosa en materia laboral analizando conjuntamente la línea jurisprudencial en materia de pre pensionados

Agotados los anteriores objetivos, se pretende proponer un fuero excepcional o especial, que garantice el derecho *a la pensión de jubilación o de vejez* de las personas vinculadas laboralmente al sector público, que acrediten estar próximos a cumplir (dentro de los 3 años siguientes) las semanas requeridas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Problema De Investigación

Planteamiento descriptivo

Con la expedición de la Ley 1821 2016, que estableció el cumplimiento de 70 años de edad como causa de retiro inmediato del cargo público y, a la vez, la absoluta imposibilidad de reintegro; se vulnera el derecho de la pensión de jubilación o de vejez de servidores públicos *en condición de pre pensionados*, en tanto no incorporó las sub reglas establecidas por la Corte Constitucional frente a este grupo de personas, como tampoco consideró este hecho desde la órbita de los tratados internacionales, bloque de constitucionalidad, derechos humanos de las personas de la tercera edad, y la perspectiva de la condición más beneficiosa en materia laboral.

Hipótesis

Al acreditarse probatoriamente y con sujeción a la ley por parte de los servidores públicos destinatarios de la Ley 1821 de 2016 que, al momento del retiro forzoso con ocasión del cumplimiento de la edad allí regulada, se encuentran amparados por el fuero de pre pensionado y la estabilidad laboral reforzada; tendría que concluirse a la luz de los fines del ordenamiento jurídico y de los principios y valores que orientan la Constitución Política de Colombia que se vulnera el derecho *a la pensión de jubilación o de vejez* de las personas vinculadas laboralmente al sector público, próximos a acreditar (dentro de los 3 años siguientes) las semanas requeridas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo cual se pretende demostrar en el desarrollo del presente artículo.

Resultados

Habiéndose concretado el objeto del presente artículo, no se hace necesario hacer recuento alguno de la historia normativa colombiana en materia de retiro forzoso. No obstante, si el lector lo considera importante, puede acudir al artículo “*Evolución normativa y jurisprudencial de la edad de retiro forzoso en Colombia y la garantía del mínimo vital del servidor público*” (Moreno, 2018).

Ahora bien, es esencial para el fin propuesto precisar lo que, a la luz de la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley, la jurisprudencia y la doctrina, se comprende como *seguridad social*, no sin antes resaltar, que para llegar a esta concepción se debió pasar por un proceso largo de luchas sociales, guerras mundiales que condujeron a cambios políticos y sociales, proceso que partió de la denominada *asistencia social* (para los menesterosos o mendigos), prosiguió con el *modelo contributivo de Otto Bismarck*, luego con el sistema universalista o de la *seguridad social* propiamente dicho propuesto por *William Beveridge*, el cual aparece el 20 de noviembre de 1942 en Inglaterra, todo lo anterior según lo documenta en forma detallada el exmagistrado de la Corte Constitucional (Dueñas, s.f.).

Y así, la referida seguridad social, tuvo un origen y al parecer, no tendrá un fin, por cuanto hasta en las sagradas escrituras fue dicho por Jesús “*Porque a los pobres siempre los tendréis con vosotros, pero a mí no siempre me tendréis*”

Seguridad social (SS) en las normas jurídicas internacionales y nacionales.

En del artículo 48 de la Constitución Política de Colombia establece que la SS *“es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.”* (Constitución Política, 1991, art. 48). Igualmente prescribe el Preciado artículo que, *“Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Corte Constitucional, 2004, 2012).

La Corte Constitucional (2021) en jurisprudencia reciente, precisó en lo pertinente que la SS surgió como instrumento para garantizar a los individuos los derechos fundamentales y su materialización en los eventos de contingencias, vulnerabilidad que se surten por eventos *“que mengüe su estado de salud, calidad de vida y **capacidad económica**, o que se constituya en un obstáculo para la normal consecución de sus medios mínimos de subsistencia a través del trabajo”*.

Y que la SS se debe garantizar conforme al principio de dignidad humana porque hace *“posible que las personas afronten con decoro las circunstancias difíciles que les obstaculizan o impiden el normal desarrollo de sus actividades laborales y la consecuente recepción de los recursos que les permitan ejercer sus derechos subjetivos”* (Corte Constitucional, 2014).

En la *“Declaración Universal de los Derechos humanos”* proclamada por la *Asamblea General de las Naciones Unidas* (1948) estableció en el artículo 22 que:

“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización

y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.”.

La seguridad social fue elevada desde entonces, a la categoría de derecho humano. No en vano la Corte Constitucional (2021) también ha resaltado que, “*El derecho a la seguridad social es una de las garantías subyacentes a los más importantes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad*” (2021).

En armonía con el mandato regulado en el precitado artículo, la Declaración Universal estableció en el artículo 23 que, “*Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.*” (Naciones Unidas, 1948).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1948) reconoce de un lado que, los derechos allí establecidos son inherentes a la persona y se rigen bajo el precepto del respeto a la dignidad humana, y que esta idea “*no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.*” (Naciones Unidas, 1948).

Finalmente declara en el artículo 9 que, “*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social*” elevado a derecho constitucional que debe ser cumplido por el Estado, pues no es otro el mandato establecido en la norma de normas, al establecer que, “*Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social*” (Naciones Unidas, 1948).

En el preámbulo del Protocolo adicional a la “*Convención Americana sobre Derechos Humanos*” en materia de derechos económicos, sociales y culturales indica que son esenciales en el individuo los atributos inherentes a él “*razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.*” (Convención Americana de DDHH, 1969).

En el artículo noveno de la Convención (1969) expresa la necesidad de las personas a estar cubiertos bajo un sistema de SS:

“1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.” (Convención Americana DDHH, 1969, art. 9).

Desde luego, no puede desconocerse que, mediante la Ley 100 de 1993 se creó el sistema de seguridad social integral, para brindar a la población colombiana una cobertura integral de las contingencias, en salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional, estableciendo en el artículo 10, el régimen general de pensiones como uno de los componentes que hacen parte del Sistema de Seguridad Social, cuyo objeto primordial es el de garantizar a los colombianos la protección frente a las contingencias que surgen de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones allí reguladas, entre otros beneficios o coberturas que no son objeto de esta trabajo.

Como se observa, es relevante el desarrollo en los tratados de derechos humanos -son vinculantes para el Estado colombiano-; el desarrollo normativo constitucional, el desarrollo normativo legal, y el desarrollo jurisprudencial, que ha tenido la seguridad social como derecho humano y fundamental, esta última categoría, por desarrollado jurisprudencial, en tanto no fue incluido como tal en el capítulo respectivo de la Constitución Política de Colombia. Sin embargo, a la hora de materializarse este derecho, surgen en el ordenamiento jurídico colombiano, leyes como la que regula el retiro forzoso del servicio público, que contravienen o hacen nugatorio el acceso al derecho a la pensión, de personas que incluso merecen una doble protección, por su estado de debilidad manifiesta regulado en el artículo 13 superior como se demostrará.

No se concibe por qué el Estado colombiano, ha creado derechos salariales a favor de los desmovilizados en el reciente proceso de paz (verificar normas), lo cual resulta noble y altruista para la obtención de la tan anhelada paz, y no establece mecanismos de protección de la seguridad social de los ciudadanos que, a pesar de la edad, pudieran encontrarse próximos a la obtención de la pensión de jubilación o de vejez, por múltiples razones, como las siguientes a título de ejemplo: falta de oportunidades laborales estables, que produjeron interrupciones en las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones durante la vida laboral; privación de la libertad por causa de comisión de delitos con penas largas que imposibilitaron la cotización al sistema, y su posterior reinserción social y a la vida laboral; inicio tardío de las cotizaciones al sistema, de personas que se superaron profesionalmente siendo ya adultos y se incorporaron a una vida productiva estable en su madurez, e incluso casos de secuestro por algún tiempo de vida considerable que impidió por fuerza mayor realizar las cotizaciones al sistema, etc.

Ahora bien, tal como fue planteado en los objetivos, es preciso corroborar si, con la entrada en vigor de la Ley 1821 de 2016, se derogaron las disposiciones jurídicas que regulan el

denominado reten social en materia de pre pensionados. Para tal efecto, y para el propósito de este trabajo, es necesario, si o si, verificar el contenido integral de la Ley 1821 de 30 de diciembre de 2016 “Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñen funciones públicas” (Congreso de la República, 2016).

Así las cosas, al realizar una lectura literal del artículo 1 modificado por el Decreto 321 de 2017 se observa que, el mandato del legislador fue establecer que, la edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años y que, cumplida esta edad, se dará lugar al retiro inmediato del cargo desempeñado, sin que el funcionario pueda ser reintegrado bajo ninguna circunstancia.

En otras palabras, la ley misma reemplazó tanto la voluntad del empleador, como la voluntad del empleado, para los efectos del retiro, el cual, vale la pena recordar, debe ser expreso, voluntario y libre, cuando emanada del servidor, o precedido de una justa causa probada cuando emana del empleador y, por supuesto, no estar prevalido de algunos de los fueros de estabilidad laboral reconocidos por la ley, el cual, de existir debe ser levantado o agotado el trámite respectivo para, luego sí, proceder con el retiro del servidor.

Acto seguido, la Ley 1821 de 2016, estableció algunas excepciones al precitado mandato, a saber: que no se aplicará a los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el artículo 1° del Decreto-ley 3074 de 1968.

Por su parte, el artículo 2° de la pluricitada ley, dejó claro que, no modifica la legislación sobre el acceso al derecho a la pensión de jubilación y precisó que, quienes (los ciudadanos o personas) que a partir de la entrada en vigencia, accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas, podrán permanecer voluntariamente en los cargos, quedando obligados a seguir

contribuyendo al régimen de seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales), aunque hayan completado los requisitos para acceder a la pensión de jubilación. Por último, se aclara que, las personas que se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo como quedó establecido, no se les aplicará lo regulado en el párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

A continuación, en el artículo 3°, se indicó que la ley no modifica el régimen de acceso a ningún cargo público, tampoco la permanencia y retiro, salvo en la edad máxima de retiro forzoso que fue fijada por la misma; tampoco modificó 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.

Por último, el artículo 4° del Decreto 321 (2017) estableció como era lógico, la fecha a partir de la cual rige (a partir de su publicación) y se ocupó de las derogatorias, precisando que deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, y en especial las contenidas en los Decretos 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).

Pues bien, como se observa fueron derogadas de manera implícita, “*todas las disposiciones que le sean contrarias*” No obstante, no se observa que se haya derogado el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, el cual constituye el primer antecedente en Colombia, que estableció el denominado retén social, norma que estableció:

“ARTÍCULO 12. Reglamentado por el art. 12, Decreto Nacional 190 de 2003 *Protección especial*. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la

Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.” (Corte Constitucional, C-044-2004).

Así las cosas, como ya fue enunciado, al haberse establecido en el artículo 1° de la Ley 1821 de 2016 que una vez cumplida la edad de 70 años “*se causará el retiro inmediato del cargo que desempeñen sin que puedan ser reintegrados bajo ninguna circunstancia*”, el constituyente derivado le otorgó un rango de causal objetiva, es decir que operaría por ministerio de la ley y sin necesidad de agotar otros trámites, tales como un proceso disciplinario, o una actuación administrativa previa a la ejecución de la causal.

Sin embargo, es precisamente esa aplicación *por ministerio de la ley*, la que consideramos está en contravía del derecho a la pensión de vejez y de jubilación de los servidores públicos en condición de prepensionados, en tanto desconoce abiertamente la jurisprudencia expedida por las altas cortes, que se han pronunciado sobre la aplicación del mandato contenido en el mencionado artículo 1, y de paso, todos los convenios de la OIT y tratados internacionales, que han sido ratificados por Colombia, en materia de seguridad social, con sus recomendaciones o desarrollos.

En efecto, el intérprete y guardián autorizado de la Constitución Colombiana, a través de sentencia de unificación, **SU003-2018**, consolidó el atinente a la aplicación de la estabilidad laboral reforzada por ostentar la condición de pre pensionado, en los siguientes términos:

“acreditan la condición de “prepensionables” las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión (Corte Constitucional, SU- 003, 2018).

La “prepensión” protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez” (Corte Constitucional, SU- 003, 2018).

En la precitada sentencia de unificación se precisó que, los prepensionados no gozan de estabilidad *cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad.* Esto último, en tanto consideró que, cumplidas las semanas o el tiempo cotizado que exige la ley, la edad puede ser cumplida aun estando desempleado, conclusión que dicho sea de paso, aunque no es el objeto de este trabajo, también nos resulta reprochable, y envía un mensaje negativo a la sociedad colombiana, máxime cuando producto de procesos de paz, se han reconocido salarios a grupos desmovilizados (solución que es loable y necesaria) pero de otro lado, se castiga a la clase trabajadora que, por razones de la edad, y a juicio de las cortes, no debe seguir vinculada laboralmente.

De otro lado, el Consejo de Estado (2019) y la Corte Constitucional (2019) al abordar la aludida materialización de la desvinculación por retiro forzoso por el cumplimiento de los 70 años

de edad, han precisado que, “*debe hacerse de forma razonable, valorando las circunstancias especiales de cada caso, para evitar la vulneración de derechos fundamentales*”, estableciendo las siguientes **subreglas** cuando el destinatario de la norma no ha obtenido la pensión de vejez o jubilación:

“(i) Que no haya sido reconocida la pensión por mora en el fondo de pensiones, pese a cumplir con los requisitos para recibir la pensión de vejez o jubilación, (ii) Que le falte un corto período de tiempo para completar el número de semanas de cotización requeridas para acceder al derecho a la pensión de vejez”.

Se menciona la citada sentencia dada la importancia para el objetivo propuesto en este artículo que “*Para efectos de la valoración de la afectación al mínimo vital, el juez deberá tener en cuenta, por lo menos, los siguientes criterios*”:

“(i) *Criterio económico. Consiste en evaluar (a) si el salario es el único ingreso del trabajador; (b) si éste tiene bienes o propiedades que puedan servirle para satisfacer sus necesidades básicas; (c) si su salario permite proyectar unos ahorros razonables mientras el trabajador obtiene su pensión; (d) si los ingresos actuales permiten o no sufragar los gastos del núcleo familiar y (e) si el trabajador tiene deudas contraídas tiempo atrás.*

(ii) *Criterio laboral. Consiste en evaluar (a) cuál es el vínculo laboral que tiene el empleado con la entidad (empleado de carrera, libre nombramiento y remoción, etc.) y (cuál es la profesión o trabajo que desempeña el accionante, pues el juez debe considerar prima facie las probabilidades de que el trabajador vuelva a ingresar al mercado laboral.»*

Así también, se valoran las condiciones de salud de las personas que van a ser retiradas forzosamente porque *“si están o no en situación de discapacidad y las eventuales limitaciones físicas o psicológicas derivadas con ocasión del trabajo desempeñado, las cuales tienden a convertirse en barreras de acceso a otras fuentes de empleo que permitan cotizar al sistema hasta alcanzar una pensión de vejez”*

En suma, la edad de retiro forzoso es una causal de desvinculación del cargo para los empleados públicos **de naturaleza objetiva**, puesto que se activa con el cumplimiento de los 70 años (antes 65 años), sin que, en principio, puedan ser reintegrados bajo ninguna circunstancia. (...)

De manera reciente, en la sentencia T-360 de 2017, la Corte enfatizó en que el retiro por la ocurrencia de esta causal objetiva **no puede llevarse a cabo de manera automática sin analizar antes las particularidades de cada caso**, en virtud de las implicaciones de dicha decisión al afectar directamente a una persona de la tercera edad, sujetos de especial protección constitucional. Así las cosas, es necesario analizar al momento de su desvinculación si el funcionario no había logrado el reconocimiento de una pensión que garantizara su derecho al mínimo vital y tampoco cuenta con otra fuente de ingresos que le permita satisfacer sus necesidades básicas, entendido de manera amplia, lo cual *«comprende lo correspondiente a la satisfacción de las necesidades básicas de la persona o de su grupo familiar para su subsistencia, como también lo necesario para garantizarle una vida en condiciones dignas»*.

En este mismo sentido, la Corte ha señalado que se **comprueba un atentado grave contra la dignidad humana** cuando *«el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia»*.

En estos términos, no puede contradecirse el Estado Colombiano, cuando de un lado ha ratificado una serie de tratados que reafirman para el mundo, la importancia que tiene la seguridad social para enaltecer la dignidad humana como ya quedó visto, y de otro, expide leyes como la censurada en este artículo, que en forma automática y de una sola pincelada, se borran todos los avances a los que han llegado los llamados países del primer mundo -a fuerza de guerras mundiales- y que han sido replicados por los mal llamados países tercermundistas, a favor de la clase trabajadora, razón de ser del derecho laboral.

En este sentido, resulta por lo menos desnaturalizante de los precitados avances y conquistas laborales que, el constituyente derivado incluya en las leyes colombianas, expresiones carentes de todo sentido social y alejadas del respeto a la dignidad humana, como “*se causará el retiro inmediato del cargo que desempeñen sin que puedan ser reintegradas bajo ninguna circunstancia*”, expresión que resulta aún más deshumanizante si se advierte que los destinatarios de la norma son personas de la tercera edad, época en la cual han disminuido las fuerzas y el vigor de la juventud, y que el sentido común nos indica que, aparecen las enfermedades y se incrementan los gastos en medicinas y hospitales.

No es que se pretenda, se insiste, en que los servidores públicos se perpetúen en los cargos, esa no es la finalidad que se pretende con este escrito. Por el contrario, se pretende llamar la atención con el fin de que la ley tenga un sentido humano y en últimas, que reafirme y proteja la dignidad de sus destinatarios.

Por lo anterior consideramos que, aciertan nuestras altas cortes cuando advierten en las sentencias precitadas que, el mentado retiro “*debe hacerse de forma razonable, valorando las circunstancias especiales de cada caso, para evitar la vulneración de derechos fundamentales*”, fijando para ello *sub reglas* precisas para amparar al servidor público vinculado que, no ha

obtenido la pensión de vejez o jubilación, por razones tan acertadas como la falta de reconocimiento *por mora en el fondo de pensiones, pese a cumplir con los requisitos para recibir la pensión de vejez o jubilación* o, cuando *le falte un corto período de tiempo para completar el número de semanas de cotización requeridas para acceder al derecho a la pensión de vejez.*

La pretensión del presente artículo es contemplar las propias excepciones al retiro forzoso que estableció la ley que se censura, y si se tiene presente que algunas normas permiten la prestación del servicio, incluso más allá de los 70 años (Congreso de la Republica, ley 344, 1996).

Incluso nuestras altas cortes, han precisado que, a la hora de valorar la afectación al mínimo vital, los jueces de la república -y por supuesto, la administración a la hora de retirar al servidor- deben contemplar, por lo menos (es decir pueden analizarse otros) tres criterios a saber: El económico, el laboral y las condiciones de salud del servidor.

En otros términos, se deberá verificar probatoriamente, si con la decisión de despido del servidor, no se está lanzando a un ciudadano de la tercera edad, a una situación indignante, como la de acudir a la caridad pública por razón de su no reconocimiento pensional; o a que se vea agravado en su salud, por falta de esta prestación, o por la carencia de recursos a causa del desempleo, para sufragar los tratamientos o medicinas que requiera.

Vale agregar que es de conocimiento público, la demora y negación sistemática de derechos en Colombia, por parte de los fondos pensionales, públicos y privados, y de otro lado, la nimiedad que representa la indemnización sustitutiva pensional regulada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior resulta aún más grave, para un servidor público que está a 3 años de adquirir se derecho a la pensión y es retirado del servicio por razón de la edad, peor aún, cuando sus aportes

han sido usufructuados muchos años por el respectivo fondo privado. Más insignificante resulta la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, de que trata el artículo 66 del precitado Estatuto de seguridad Social y Pensiones.

Conclusiones

De esta manera, no cabe duda alguna a la luz de las precitadas normas internacionales vinculantes, de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia citadas, que, tratándose de servidores públicos que, al momento de la ejecución de la polémica causal de retiro, estén próximos, esto es, dentro de los 3 años siguientes, al cumplimiento de las 1.300 semanas que establece el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, se les debe garantizar el derecho a continuar vinculados al servicio público, por un periodo máximo de los 3 años precitados, a fin de garantizarles el acceso a la pensión.

En otros términos a riesgo de ser reiterativos- cuando se acredite por parte del servidor público que le falta un período de tiempo corto (que no supere los 3 años del retén social) para consumir el número de semanas de cotización exigidas para acceder al derecho a la pensión de vejez, o de jubilación; o cuando la administración se encuentre frente a un caso de un servidor público que acredite probatoriamente que se encuentra dentro de las sub reglas que tiene fijadas la jurisprudencia arriba mencionada, para solicitar la permanencia en el cargo más allá del cumplimiento de la edad 70 años que exige la ley para el retiro forzoso; no queda otra vía jurídica que el reconocimiento por parte del Estado del fuero de estabilidad laboral reforzada que impide automáticamente la materialización del retiro forzoso, so pena de vulnerarle el derecho a la pensión, a la seguridad social y demás derechos conexos

No de otra manera puede el Estado colombiano cumplir los fines que fueron establecidos en el preámbulo de la Constitución Política de Colombia y los principios establecidos en sus artículos 1 y 2, todo ello de conformidad con lo regulado por la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, que fue aprobada en Colombia mediante la Ley 2055 de 2020, normativa que define que una persona “persona mayor” es aquella que ha cumplido 60 años o más, las que a la luz del artículo 17 *“tienen derecho a la seguridad social que la proteja para llevar una vida digna”*. En el mismo sentido, *“Los Estados Parte promoverán progresivamente, dentro de los recursos disponibles, que la persona mayor reciba un ingreso para una vida digna a través de los sistemas de seguridad social y otros mecanismos flexibles de protección social”*.

Referencias Bibliográficas

Constitución Política de Colombia. (del 04 de julio de 1991).

Corte Constitucional. (2004). Sentencias C-623

Corte Constitucional. (2004). Sentencia C-044.

Corte Constitucional. Sentencias T-434 de 2012

Corte Constitucional. (2018). Sentencia C-084 y 135.

Corte Constitucional. (2020). Sentencia C-426.

Corte Constitucional. (2021). Sentencia T-113.

Congreso de la República. (2002). Ley 790.

Convención América de Derechos Humanos. (1969). protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "protocolo de san salvado. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

Convención América de Derechos Humanos. (1969).
<http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>

Moreno, González (2018). Revista Vía Inveniendi et Iudicandi. Núm. 13-2, July 2018. Base de datos: vLex