

<SEQ>

Rad.1115 Consulta



PENSION DE RETIRO POR VEJEZ EMPLEADOS DEPARTAMENTALES - Régimen Aplicable / REGIMEN PRESTACIONAL DE EMPLEADOS DEPARTAMENTALES - Competencia para fijarlo

Las entidades departamentales no están obligadas a reconocer a sus servidores públicos la pensión de retiro por vejez contemplada en el decreto 3135 de 1968 por haber sido un régimen establecido en favor de los servidores del orden nacional y porque la ley 100 de 1993, establece indemnización sustitutiva en tales casos. Las asambleas departamentales no pueden regular el régimen prestacional de los empleados departamentales por expresa prohibición de la Constitución (art. 150.19f) y de la ley (art. 4o., ley 4 / 92). De acuerdo con las respuestas anteriores no ha existido norma en el régimen departamental que ampare la pensión de retiro por vejez. De conformidad con los principios constitucionales del Estado Social de Derecho y los de igualdad (art. 13), la ley 100 de 1993 prevé la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez

aplicable a todos los servidores públicos, incluidos los de los departamentos. Autorizada su publicación el 11 de septiembre de 1998.

CONSEJO DE ESTADO

Sala de Consulta y Servicio Civil

Consejero Ponente: LUIS CAMILO OSORIO ISAZA

Santafé de Bogotá, D.C, julio ocho de mil novecientos noventa y ocho.

Ref: Radicación No. 1115

Pensión de retiro por vejez. ¿Están obligados a reconocerla las entidades departamentales?

La señora Ministra de Justicia y del Derecho formula a la Sala la siguiente consulta :

1.¿ A la luz de las disposiciones legales vigentes, están obligadas las entidades departamentales a reconocer la pensión de retiro por vejez a sus servidores públicos, de conformidad con lo establecido sobre la materia para los funcionarios estatales del orden nacional, o por el contrario, pueden negarse a ello por falta de regulación de dicha obligación prestacional por parte de las Asambleas ?

2.¿Con base en qué normas podría darse el reconocimiento de la pensión de retiro por vejez para un funcionario del orden departamental ?

3.¿ En un Estado Social de Derecho como el colombiano, es legalmente posible negar un derecho a un grupo de personas, fundamentando tal proceder en la falta de normatividad sobre la materia, existiendo como precedente su reconocimiento a otro grupo bajo circunstancias que pueden equipararse ?

La Sala considera :

La consulta fundamenta las preguntas planteando la existencia de normas de carácter nacional como el decreto 3135 de 1968, el decreto reglamentario 1848 de 1969 y la ley 71 de 1988 donde se prevé un régimen especial para los empleados oficiales del orden nacional que cumplen 65 años y son retirados del servicio sin haber completado el número de cotizaciones mínimo para tener acceso a una pensión. Se cita la norma constitucional contenida en el artículo 1º donde se establece que Colombia es un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran, con prevalencia del interés general. En igual sentido, se invoca la especial protección que debe brindar el Estado a los trabajadores, bajo condiciones dignas y justas (art. 25); lo anterior para que se analice el contexto de las disposiciones nacionales en relación con los empleados del orden territorial que carecen de regulación expresa en esta materia y por tanto se presentaría una situación discriminatoria para quienes no obstante haber hecho los aportes, éstos no alcanzan para obtener una pensión al ser retirados por llegar a la edad dispuesta en la ley.

Normas constitucionales

La Carta Fundamental de 1991, en sus artículos 46 y 48 contempla la obligación concurrente del Estado, la sociedad y la familia para la protección y la asistencia de las personas de la tercera

edad; la garantía a todos los habitantes del derecho irrenunciable a la seguridad social y la sujeción de ésta a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Además el artículo 53 superior dispone que el Estado garantiza "el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales".

El artículo 125 superior establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo las excepciones constitucionales y legales y que corresponde al legislador fijar los requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidad de los aspirantes al ingreso a la carrera y el ascenso en la misma.

El citado artículo respecto del retiro, agrega :

" se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley" (Destaca la Sala con negrilla).

El artículo 150 numeral 19 literal e) establece que corresponde al Congreso por medio de la ley la función de dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, expresamente prohíbe que las funciones pertinentes a las prestaciones sociales sean delegadas en las asambleas y concejos y añade que estas corporaciones no podrán arrogárselas (art. 150.19.f.).

Con fundamento en aquélla disposición y anteriormente en los artículos 62 y 76 numeral 9º de la Constitución de 1886 a partir de la reforma constitucional de 1968 el Consejo de Estado ha sido reiterativo en afirmar que la regulación de las prestaciones sociales de los empleados oficiales es facultad exclusiva del Congreso de la República, razón por la cual ha anulado diversos actos administrativos contentivos de prestaciones sociales extralegales^ù

Las pensiones previstas en la reforma administrativa de 1968.

El decreto ley 2400 de 1968, es norma que forma parte de la denominada reforma administrativa de ese año, contiene disposiciones sobre la administración del personal civil que presta sus servicios en los empleos de la rama ejecutiva del nivel nacional y fué expedida con base en la ley 65 de 1967; este decreto fijó en 65 años la edad de retiro forzoso y como consecuencia estableció una pensión de vejez, conforme al siguiente tenor:

Art. 31.- Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión de vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos.

Exceptúanse de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2º del artículo 29 de este decreto (se refiere a los empleos en los cuales se puede reintegrar al servicio a la persona pensionada).

A nivel nacional el legislador denominó a la pensión de jubilación también "de vejez" (art. 21, de decreto 3135/68) pero además previó otra especie, denominada "pensión de retiro por vejez".

En efecto, el decreto 3135 de 1968 también expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias (ley 65/67) "por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el

sector público y el privado y se reguló el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales" estableció en el artículo 29 lo siguiente :

Pensión 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.

El Consejo de Estado en sentencia del 14 de mayo de 1984, Sección Primera, declaró que las disposiciones del decreto 3135 de 1968 sólo eran aplicables a los empleados oficiales del orden nacional, pues ni la ley de facultades ni el mismo decreto se refieren a otros servidores; agregó que si este decreto fué expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias de la ley 65 de 1967, debe entenderse que comprende exclusivamente a los servidores y a las entidades del orden nacional y en consecuencia se limita a organismos como los ministerios, departamentos administrativos y superintendencias.

Posteriormente, se produjeron algunos pronunciamientos en el mismo sentido entre los cuales pueden citarse la sentencia del 24 de octubre de 1996, expediente 882, sección segunda y la del 27 de febrero de 1997, sección segunda expediente 10882, donde se expone:

"Como lo ha reiterado la jurisprudencia, debe recalcarse que no son aplicables a los empleados oficiales de los departamentos y municipios las prestaciones sociales consagradas en los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969; ni las normas de los decretos 1042 y 1045 de 1978 por cuanto las leyes 65 de 1967 y 5ª de 1978 que concedieron al Presidente de la República las facultades extraordinarias con fundamento en los cuales éste expidió aquellos, se refieren exclusivamente al orden nacional"(. . .) Destaca la Sala con negrilla.

Modificaciones al régimen pensional de la reforma administrativa de 1968

Posterior a la reforma administrativa, la ley 71 de 1988, aplicable a los afiliados de las entidades de previsión social del sector público "en todos sus niveles", estableció para los empleados públicos y trabajadores oficiales que hubieran llegado a la edad de 60 años en el caso de los hombres, y 55 años de edad en el de las mujeres, una pensión por aportes consistente en que los afiliados deberían realizarlos durante 20 años para tener acceso (art. 7º); se previó además que la pensión mínima no podría ser inferior al salario mínimo mensual.

Lo anterior significa que se excluyó la pensión de retiro por vejez; no exigió que el tiempo de servicio fuera oficial exclusivamente, sino que permitió la acumulación del tiempo servido en el sector privado y con el oficial.

Empleados departamentales

El código de régimen departamental (decreto ley 1222 de 1986) prevé que las prestaciones sociales de los empleados oficiales departamentales y los de sus entidades descentralizadas son las establecidas en la ley (arts. 234 y 306).

Hasta la fecha de entrada en vigencia de la ley 33 de 1985, genérica para la jubilación de todos los empleados oficiales, el régimen aplicable a los empleados departamentales en materia de

pensiones fué el previsto en la ley 6ª de 1945. El decreto 2767 del mismo año dispuso que los empleados y obreros de los departamentos tendrían derecho a las prestaciones señaladas en el artículo 17 de dicha ley (6ª/45).

En esas disposiciones no se contempló, en favor de los empleados departamentales la pensión de retiro por vejez; por ello se entendió que existía vacío normativo.

La ley 4ª de 1992 por la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación de los salarios y prestaciones de los empleados públicos y las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales, estableció en el artículo 12 que el régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas y objetivos contenidos en la ley 4ª y que en consecuencia, las corporaciones públicas territoriales no podrán arrogarse esa facultad.

La Corte Constitucional en la sentencia C-315 del 19 de julio de 1995 declaró la exequibilidad de dicho artículo 12 condicionada a que se entienda que las facultades conferidas al Gobierno se refieren, en forma exclusiva, a la fijación del régimen prestacional de los empleados públicos territoriales, y al régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales territoriales.

Régimen pensional posterior a la Constitución de 1991.

Con base en las disposiciones de la Carta inicialmente citadas el legislador mediante la ley 100 de 1993 organiza "el sistema general de pensiones" por el cual unificó el régimen de pensiones de todos los servidores públicos y por ser disposición que regula íntegramente la materia pensional, es derogatoria de la normatividad anterior, entre la cual se encuentra la pensión de retiro por vejez, contemplada en el decreto 3135 de 1968.

La ley 100 de 1993 estableció un "sistema general de pensiones", según el cual con las excepciones previstas en el artículo 279 (donde excluye a la fuerza pública, el magisterio y los servidores públicos de Ecopetrol), "se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional" (art. 11 ibídem).

Según esta ley, la pensión de jubilación se denomina también de vejez y se describe como la prestación social a que tienen derecho quienes reúnan los requisitos de edad y tiempo de cotizaciones exigidos por la ley (art. 33 ibídem); esta disposición tiene carácter general y no se prevé un régimen especial como el de la reforma del 68 para los "retirados por vejez".

No obstante existe una previsión para quienes han cotizado sin alcanzar las 1000 semanas mínimas exigidas (art. 33, ley 100/93) al momento del retiro al llegar a la edad para obtener la pensión de vejez y se declaren en imposibilidad de continuar cotizando o por haber cumplido 65 años. Su texto es:

Art. 37. Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado".

La Sala destaca que esta disposición guarda las ventajas de la ley 71 de 1988 porque la

indemnización sustitutiva comprende todo lo aportado por el afiliado tanto en el sector privado como en el sector público; por tanto, aunque el tiempo del servicio o de las cotizaciones realizadas no es suficiente para la adquisición del derecho pensional por vejez, si es apto para alcanzar la indemnización consistente en la devolución de los aportes hechos durante ese lapso.

Para los que opten por el régimen de ahorro individual con solidaridad, de acuerdo con el Título III, Capítulo I de la ley 100 y no alcancen a acumular el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, si han alcanzado a cotizar por lo menos 1150 semanas, "tendrán derecho a que el Gobierno Nacional en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión" (art. 65); está previsto en los demás eventos, que habrá lugar al "derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional. . ." (art. 66).

Las disposiciones que ordenan la indemnización por las cotizaciones hechas se fundamentan en razones de equidad y reemplazan la pensión que ha debido recibir el afiliado si hubiera cumplido el número de cotizaciones mínimo antes de cumplir la edad de retiro.

Para concluir, estima la Sala que a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993 la protección a las personas de la tercera edad en cumplimiento del mandato constitucional, se hace efectivo a través del otorgamiento del derecho pensional conforme al sistema general de pensiones; sin embargo, para quienes por razón de cumplir la edad de retiro no alcanzaron a constituir el derecho a una pensión, el legislador prevé indemnizaciones sustitutivas conforme a los mandatos de los artículos 37, 65 y 66 ibídem.

La Sala responde :

Las entidades departamentales no están obligadas a reconocer a sus servidores públicos la pensión de retiro por vejez contemplada en el decreto 3135 de 1968 por haber sido un régimen establecido en favor de los servidores del orden nacional y porque la ley 100 de 1993, establece indemnización sustitutiva en tales casos.

Las asambleas departamentales no pueden regular el régimen prestacional de los empleados departamentales por expresa prohibición de la Constitución (art. 150.19.f.) y de la ley (art. 4º, ley 4ª/92).

De acuerdo con las respuestas anteriores no ha existido norma en el régimen departamental que ampare la pensión de retiro por vejez.

De conformidad con los principios constitucionales del Estado Social de Derecho y los de igualdad (art. 13), la ley 100 de 1993 prevé la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez aplicable a todos los servidores públicos, incluidos los de los departamentos.

Transcríbese a la señora Ministra de Justicia y del Derecho. Igualmente envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

AUGUSTO TREJOS JARAMILLO

JAVIER HENAO HIDRON

Presidente de la Sala

CESAR HOYOS SALAZAR

LUIS CAMILO OSORIO ISAZA

ELIZABETH CASTRO REYES

Secretaria de la Sala



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

