

CONCEPTO 18076 DE 2006

(diciembre 11)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

Bogotá, D.C.

Doctora

LUZ ESTHER BUENO ACERO

Coordinadora Área de Recursos Humanos

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE ESTADISTICA - DANE

Transversal 45 26 – 70 Interior 1 – CAN – Edificio DANE

Bogotá.

Hemos recibido su oficio 2006EE4959 O 1, en el cual solicita concepto sobre la procedencia de retirar a un funcionario cuando cumpla 65 años de edad - Retiro forzoso parágrafo del artículo [150](#) de la Ley 100 de 1993 - o si por el contrario, se debe esperar que se le notifique la Resolución de Pensión de Jubilación o Vejez.

Sobre el particular manifestamos:

El Decreto 2400 de 1968, en el artículo [31](#) dispone que todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado, artículo que se encuentra vigente de conformidad con lo manifestado por la Corte Constitucional en Sentencia C-[351](#) de Agosto 9 de 1995, en la cual sostuvo: "El artículo [31](#) del decreto 2400 de 1968 no ha perdido vigencia con la expedición de la Carta Política de 1991, porque como se ha establecido, no la contradice..."

El Decreto [1950](#) de 1973, por el cual se reglamentan los Decretos Leyes [2400](#) y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración de personal, en el artículo [122](#), dispone: "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.

Cabe anotar que el mencionado artículo [31](#) del Decreto 2400 de 1968, debe ser interpretado armónicamente con las disposiciones de la Ley [100](#) de 1993, "Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones", en cuyo artículo [33](#) modificado por el artículo [9](#) de la Ley 797 de 2003 prescribe los requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez y en su parágrafo tercero 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, agregando que 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.

Este párrafo fue declarado condicionalmente exequible acorde con la Sentencia C-[1037](#) del 5 de noviembre de 2003, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería, en donde declara la Corte Constitucional: exequible el párrafo 3o del artículo [9o](#) de la Ley 797 de 2003, mediante sentencia aditiva, pues además de la notificación del reconocimiento de la pensión exigirá, para hacerla conforme con la constitución, la notificación de su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente. En síntesis la Corte adiciona a la primera notificación, otra, la de su inclusión en la nómina de pensionados.

Sin embargo, aunque el servidor público haya cumplido los requisitos para obtener la pensión de vejez, no podrá obligársele a cesar en sus funciones hasta tanto no llegue a la edad de retiro forzoso, toda vez que, la Ley 100 de 1993, en el artículo [150](#), párrafo, consagra este privilegio para el sector oficial en los siguientes términos: "No podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el solo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso".

Nótese que la citada disposición permite al funcionario público que ha cumplido los requisitos para acceder a una pensión y al que incluso se le ha expedido la resolución de reconocimiento de la pensión, continuar afiliado hasta que llegue a la edad de retiro forzoso.

Así las cosas, si bien el Decreto Ley [2400](#) de 1.968 y el reglamentario [1950](#) de 1.973, autorizaban a la administración para retirar del servicio, dentro de los seis meses siguientes, al empleado que reuniera las condiciones legales para tener derecho a la pensión de jubilación, con posterioridad, el legislador ordinario estableció la prerrogativa de permanencia en el cargo, al prever en la Ley [100](#) de 1993 que no podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el solo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, "si no ha llegado a la edad de retiro forzoso".

En igual sentido la Ley [344](#) de 1.996, advierte que el servidor público que adquiriera 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.

Igualmente, la Ley [909](#) de 2004 al establecer las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, en su literal e) prevé el retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez; y en el literal g) prevé el retiro por edad de retiro forzoso.

Observándose nuevamente en esta oportunidad que la Corte Constitucional mediante Sentencia C-501 de 17 de mayo de 2005, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, declaró condicionalmente exequible el literal e) de la Ley [909](#) de 2004 "en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente", con la siguiente fundamentación:

"Cuando un servidor público ha laborado durante el tiempo necesario para acceder a la pensión de vejez, resulta razonable que se prevea la terminación de su relación laboral cuando la disminución de su producción laboral puede afectar la eficiente y eficaz prestación del servicio a cargo de la entidad. Esta posibilidad a la vez que permite el acceso a dicho cargo a otras personas en condiciones de igualdad, garantiza el derecho del ex funcionario a disfrutar de la pensión. Sin embargo, a fin de garantizar la efectividad de los derechos del pensionado y asegurar que pueda gozar del descanso, en condiciones dignas, es preciso, que dicha causal opere a partir del

momento en que se hace efectivo ese derecho, esto es, a partir de la inclusión del funcionario en la nómina de pensionados de la entidad.

Así lo sostuvo esta Corporación en la sentencia C-[1037](#) de 2003:

11.- La Corte considera que el mandato constitucional previsto en el artículo [2o](#) 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, 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 nómina de pensionados correspondiente.

La desmejora en los ingresos del trabajador al cambiar su status de trabajador activo al de pensionado, dado que en el mejor de los casos recibirá lo equivalente al 75% de su salario, no puede traducirse tampoco en que no reciba la mesada pensional durante ese intervalo de tiempo, puesto que dicha situación cercenaría, también, la primacía que la Carta reconoce a los derechos inalienables de la persona, en este evento del trabajador.

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. [2o](#) y [5o](#)). 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”.

En mérito de lo expuesto se concluye que salvo que exista una justa causa de retiro, la administración o el empleador no puede separar del cargo a un funcionario o trabajador por el sólo hecho de haber reunido los requisitos de edad y tiempo de servicios para hacerse acreedor a una pensión, además debe habersele expedido resolución de reconocimiento de pensión y garantizársele el pago de su mesada pensional notificándosele la inclusión en la nómina de pensionados.

Adicional a lo anterior, para los funcionarios o empleados públicos no podrá obligarse al retiro a menos que lleguen a la edad de retiro forzoso.

En este punto, transcribimos la parte pertinente del concepto No. 001311 del 16 de enero de 2002 emitido por el Ministerio de la Protección Social:

“De otra parte, al tenor de lo dispuesto en el artículo [31](#) del Decreto 2400 de 1968, la edad de retiro forzoso es de 65 años. Sobre la posibilidad de desvincular a un funcionario por el hecho de haber cumplido la edad de 65 años, se presentan tres situaciones a saber:

- Que el empleado que cumplió 65 años, haya cotizado el tiempo necesario para pensión
- Que el empleado que cumplió 65 años, le falte poco tiempo para completar el requisito de semanas cotizadas para acceder a la pensión.

- Que el empleado que cumplió los 65 años, no cumpla con el requisito de las semanas cotizadas exigidas para la pensión, y además el tiempo que le falta por cotizar sea considerable.

En el primero de los casos, o sea, cuando se han cumplido los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez o jubilación, el retiro del servicio se efectuará una vez haya sido incluido en la nómina de pensionados.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de abril de 1984 señaló que: "el reconocimiento de la pensión equivale a su otorgamiento, de tal suerte que al término del contrato esté el trabajador "en condiciones de recibir **inmediatamente** la pensión en sustitución del salario". Se tiene en cuenta entonces que el trabajador "tenga derecho a las mesadas pensionales, sin solución de continuidad con la percepción del salario". (resaltado nuestro)

En el segundo evento, esto es, cuando el empleado cumplió los 65 años y le falta poco tiempo para cumplir el requisito de las semanas exigidas en la ley para tener derecho a la pensión de jubilación, el Consejo de Estado en sentencia proferida el 20 de septiembre de 1996 señaló que se viola el derecho para acceder a la pensión de jubilación, cuando se despide a un trabajador que aunque de libre nombramiento y remoción, le falta poco tiempo para adquirir el derecho.

Expresó la citada Corporación:

"... aunque la demandante no era funcionaria de carrera administrativa, ni desempeñaba el empleo por un período fijo, se observa que el nominador fue impuesto del mínimo tiempo de servicio que le faltaba a la actora para adquirir su derecho a la pensión de jubilación, y del proceso no surge la necesidad que tenía la administración de prescindir de los servicios de dicha funcionaria, Por lo tanto, se concluye que se violó el derecho de la actora a completar los requisitos para tener derecho a su pensión de jubilación, vulnerándose así los mínimos principios protectores del servidor..."

En consecuencia, considera ésta Oficina que sí la persona llega a los 65 años de edad y le falta poco tiempo para cumplir el tiempo de servicios necesarios para el reconocimiento de la pensión, teniendo en cuenta la especial protección que la Constitución le otorga a la tercera edad ya quienes se encuentran en condiciones de indefensión, se le debe permitir cumplir el tiempo requerido para el reconocimiento de la pensión.

Finalmente, en el caso del funcionario que cumple los 65 años de edad y le falta por cotizar un número considerable de semanas, si declara su imposibilidad de continuar cotizando conforme lo dispone el artículo [37](#) de la ley 100 de 1993, tendrá derecho a una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, de lo contrario una vez retirado del servicio podrá continuar cotizando como trabajador independiente hasta completar las semanas requeridas para tener derecho a la pensión".

El anterior concepto tiene los efectos determinados en el Artículo [25](#) del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ELIANA ROYS GARZON

Directora Jurídica Nacional (E)

c.c. Dra. Soraya Pino Canosa – Gerente Nacional de Atención al Pensionado

Revisó: RUTH ALEYDA MINA GARCÍA

Jefe Unidad de Seguros

Dirección Jurídica Nacional

MNLP

Rad. 13586

2006.10.24



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

