

Bogotá D.C., 15 de Junio de 2015

No. de radicación 2015-ER-078336
solicitud:



2015-EE-060412

Señor

Particular

Bogotá D.C

Bogotá D.C

Asunto: Consulta sobre retiro forzoso de docentes

Damos respuesta a la comunicación, radicada ante este Ministerio, bajo el número 2015-ER-078336, frente a la cual, nos permitimos manifestar que mediante el CORD 2014ER185730 esta Oficina ha manifestado lo siguiente:

OBJETO DE SOLICITUD

"(...) 1. Desde el punto de vista disciplinario, administrativo, pecuniario, etc, ¿En qué falta incurriría un funcionario a quien le corresponda desvincular a docentes o directivos docentes cuando llegan a la edad de retiro forzoso?

2. En caso de no hacerlo, ¿cuál sería la sanción a la que se haría merecedor? (...)"

NORMAS y CONCEPTO

"El tema de la edad de retiro forzoso se encuentra reglamentado de la siguiente manera:

La Constitución Política consagra en el artículo 125 inciso 4 que el retiro del servicio de los funcionarios públicos se hará por las causales previstas en la Constitución o la ley.

La Ley 909 de 2004 en los artículos 3, 41 literal g, 55, establece que el retiro de

servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción de carrera administrativa se produce por edad de retiro forzoso y que las normas de administración de personal contempladas en esta Ley y en los Decretos 2400 de 1968 y 3074 de 1968 y demás normas que los modifiquen, reglamenten, sustituyan o adicionen, se aplicarán a los empleados que presten sus servicios en las entidades que se refiere el artículo 3 de esta Ley.

El Decreto Ley 2277 de 1979 en los artículos 31 y 68 establece que el educador tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya alcanzado la edad de sesenta y cinco (65) años para su retiro forzoso; ordena que el retiro del servicio de los docentes del servicio oficial implica la cesación en el ejercicio de las funciones y se produce entre otras causas por edad.

De otra parte el Decreto Ley 1950 de 1973 reglamenta los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, en los artículos 25 literal c, 105 numeral 5, 120, 121 numeral 9, 122 determina que, para ejercer un empleo de la rama ejecutiva del poder público se requiere no ser mayor de 65 años, con excepción de los casos a que se refieren los artículos 121 y 122 del Decreto 1950 de 1973 antes mencionado; establece que el retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de las funciones públicas y se produce por edad, ordena que el empleado que llegue a la edad del retiro está obligado a comunicarlo a la autoridad nominadora; y también dispone como impedimento para desempeñar cargos públicos la edad de sesenta y cinco años, salvo para los empleos señalados en el inciso segundo del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 adicionado por el 3074 del mismo año.

El Decreto 2400 de 1968 en los artículos 25 literal f y 31 establece que la cesación definitiva de funciones de los empleados públicos se produce por edad y que todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco años será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado, exceptuando de esta disposición los empleos señalados en el inciso 2 del artículo 29 de este decreto como son: "... salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo .

La Corte Constitucional mediante sentencias C-351 de 1995, C-1488 de 2000 declaró exequible el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 y se ha pronunciado sobre la edad de retiro forzoso para los funcionarios públicos: "...Se encuentra vigente el artículo 1.

del Decreto 1950 de 1973... La edad de 65 años o más constituye impedimento para desempeñar cargos públicos."

Por lo anterior, las normas citadas regulan la situación administrativa "retiro por vejez" y su aplicación es obligatoria por parte de las entidades competentes, por tratarse de normas de carácter público.

En conclusión, en atención a su interrogante le manifiesto que la edad de retiro forzoso implica la cesación en el ejercicio de las funciones públicas; razón por la cual, los docentes objeto de consulta, que llegan a la edad de sesenta y cinco años (65) y ya les fue concedida la pensión de vejez, si no se ha retirado del servicio previa renuncia al cargo, la administración de conformidad con lo establecido en el Decreto 1950 de 1973, está obligado a retirarlo.

No obstante, la obligación de retiro forzoso establecida en nuestra legislación, no es absoluta, en el sentido de que a la persona que haya cumplido con los requisitos para la obtención de su pensión de jubilación, no se le puede retirar del cargo hasta tanto no tenga una sustitución de sus ingresos o hasta tanto no se le garanticen sus ingresos como protección del mínimo vital; razón por la cual, así la persona haya cumplido la edad de retiro forzoso, si aún no se le ha concedido la pensión de vejez no se puede retirar del cargo, en atención a que se estaría atentando contra los derechos fundamentales al mínimo vital, a la dignidad humana y a los elementos necesarios para la vida para afrontar las vicisitudes de la vejez.

Al respecto la Corte Constitucional mediante Sentencia T-154 de dos (2) de marzo de dos mil doce (2012) (Mag. Ponente Luis Ernesto Vargas Silva), determinó lo siguiente

"En punto al reintegro de funcionarios públicos que han sido desvinculados de su cargo por cumplir con la edad de retiro forzoso, la Corte ha utilizado los siguientes argumentos para justificar sus decisiones i) que en este tipo de casos se presenta una vulneración del derecho fundamental al mínimo vital del funcionario, ii) que el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación del accionante obedece a una conducta negligente de la entidad demandada, iii) y a que el actor es un sujeto de especial protección constitucional, motivo por el cual merece protección reforzada de Estado. En consecuencia, en todos los precedentes que se relacionan a continuación, se ha concluido que una aplicación literal y escueta de la causal de retiro forzoso se ha utilizado sin tener en cuenta los mandatos constitucionales que rigen ese instituto."

La sentencia T- 865 de 2009 había señalado un criterio semejante:

"Por otra parte, la administración procede a la desvinculación del accionante del servicio, conforme con una simple aplicación literal de las normas de retiro forzoso del servicio por cumplimiento de la edad de 65 años, sin hacer una valoración conforme los mandatos constitucionales de sus circunstancias particulares, como son (i) la entera dependencia de su salario para la satisfacción de sus necesidades; y (ii) el hecho de que el reconocimiento de la pensión del actor se vería truncada por la mora en el pago de los aportes a la seguridad social, hecho imputable a la entidad de salud, 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."

La sentencia T-007 de 2010 señaló lo siguiente para un caso de iguales supuestos:

"Por esta razón, para esta Sala, retirar a una persona de su puesto de trabajo, sin haberle garantizado que el salario que deja de devengar, como resultado del retiro, tendrá un sustituto adecuado y eficaz en la pensión de vejez, es atentar contra sus derechos fundamentales al mínimo vital, tal como lo ha entendido la Corte (infra 3.2.4.), a la dignidad humana y a la misma vida que puede afectarse si esta prestación social no se le proporciona en forma oportuna y adecuada para afrontar las vicisitudes de la vejez"

Más adelante la misma sentencia expresa:

"Como quedó anotado en la parte considerativa de esta sentencia siguiendo precedentes a este caso, la Institución educativa, antes de proceder a la aplicación objetiva de la disposición relativa a la edad de retiro forzoso, debió asegurarse de que el señor Palacios Copete gozaba efectivamente de su pensión e inclusión en nómina a fin de asegurarle su remuneración vital." (Subrayado nuestro).

Se reitera entonces, entre otras, la sentencia T-007 de 2010 en donde se dispuso que "retirar a una persona de su puesto de trabajo, sin haberle garantizado que el salario que deja de devengar, como resultado del retiro, tendrá un sustituto adecuado y eficaz en la pensión de vejez, es atentar contra sus derechos fundamentales al mínimo vital tal como lo ha entendido la Corte (infra 3.2.4.), a la dignidad humana y a la misma vida"

que puede afectarse si esta prestación social no se le proporciona en forma oportuna adecuada para afrontar las vicisitudes de la vejez." Se concluye entonces, que la existencia en el caso objeto de estudio de un perjuicio cierto, inminente, grave y que requiere de medidas urgentes para prevenir la ocurrencia de un daño jurídico irreparable, hace procedente la acción de tutela interpuesta."''.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que si el servidor público de la entidad nominadora a la que le corresponde realizar la desvinculación del docente o del directivo docente en razón al cumplimiento del retiro forzoso, no lo hace, estaría incumpliendo un deber legal, de conformidad con las normas expuestas anteriormente.

En este sentido, la Ley 734 de 2002 por la cual se expide el Código Disciplinario Único establece en el numeral 1 del artículo 34, que son deberes de todo servidor público "*(...) Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y los órdenes superiores emitidas por funcionario competente.*" En este orden de ideas, si el servidor público no cumple con los mandatos legales, incurrirá en una posible falta disciplinaria de las establecidas en el Código Disciplinario Único en su artículo 42 y según la clasificación de la misma, se le podrá imponer una de las sanciones que establece el Código en su artículo 44.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual señala: "*Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal o contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución*".

Atentamente,

INGRID CAROLINA SILVA RODRIGUEZ

Jefe de Oficina

Oficina Asesora Jurídica

Folios: 0

Anexos: 0

Anexo: