

Bogotá D.C., 21 de Septiembre de 2015

No. de radicación 2015-ER-148495
solicitud:



2015-EE-109518

Señor

Asunto: Retiro forzoso en Ley de Garantías - nombramiento sin concurso como rector a director de núcleo

Mediante escrito radicado en la Oficina de Atención al Ciudadano de este Ministerio, bajo el número 2015-ER-148495, se presentó consulta en relación con el tema a enunciar:

OBJETO DE LA CONSULTA

"... 1.Un rector que cumple edad de retiro forzoso (24 Julio 2015) puede continuar desempeñando sus funciones porque la entidad nominadora manifiesta que hay que darle cumplimiento a la Ley de Garantía?... 2.Un Director de Núcleo Educativo que fue vinculado al cargo por haberse ganado el concurso, puede aspirar al cargo de rector sin volver a concursar?... 3.De ser positivo el numeral 2... cuales son los pasos a seguir ante la entidad nominadora?..."

NORMAS y CONCEPTO

De conformidad con las normas legales, me permito informarle que esta Oficina ante consultas relacionadas con edad de retiro forzoso y Ley de Garantías, se ha pronunciado en los siguientes términos:

"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 del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y 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 a que se refiere el artículo 3 de ésta ley.

-El Decreto Ley 2277 de 1979 en los artículos 31, 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.

-El Decreto 2400 de 1968 en el artículo 25 literal f; 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 .

-De otra parte el Decreto 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 de este decreto; 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 1969 adicionado por el 3074 del mismo año.

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

-El Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Cuarta, del 08 de septiembre de 2005 expediente 76001- 23 –31000-2005 determinó que: "No se puede confundir el disfrute de la pensión con el retiro forzoso, pues este último es una causal autónoma que permite al empleador terminar la relación de trabajo y no tiene condición o sometimiento alguno al sistema de seguridad social.

-Por último, le manifiesto que el Decreto 1278 de 2002^[1] –Estatuto de Profesionalización Docente- establece:

"La cesación definitiva de las funciones docentes o directivos docentes de los

educadores estatales se produce en los siguientes casos:... i. Por edad de retiro forzoso” SAC – 451178 – CORDIS - 103116

1. Por lo anterior, en atención a su consulta de conformidad con las normas y jurisprudencia citadas, alcanzar la edad de retiro forzoso[2] impone la desvinculación obligatoria del servicio tan pronto se alcance dicha edad, sin que sea dado a la administración a su discreción establecer tiempos adicionales de permanencia bajo ninguna circunstancia (ni por Ley de garantía), por ello se predica el retiro forzoso del servicio al acceder a la indicada edad de sesenta y cinco años (65).

No obstante, con relación a edad de retiro forzoso y no haber obtenido pensión de vejez, mediante sentencias la Corte Constitucional ha expresado:

Sentencia T- 865 de 2009:

"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 a 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."

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 en aras de asegurarle su remuneración vital."

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 y 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.”

En conclusión, la obligación de retiro forzoso establecido 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; mucho menos se puede retirar del cargo a una persona que habiendo cumplido la edad de retiro forzoso, aún no cumple con los requisitos para obtención de su pensión, debido a que sería atentar contra los derechos fundamentales al mínimo vital, a la dignidad humana y a la los elementos necesarios de la vida para afrontar las vicisitudes de la vejez.

Así las cosas, la entidad nominadora antes de proceder a la aplicación objetiva de la disposición relativa a la edad de retiro forzoso, debe cerciorarse de que el servidor público goza efectivamente de su pensión e inclusión en nómina, en aras de asegurarle su remuneración vital.” SAC – 538326 – CORDIS – 154728 - 29-11-2013

2. En cuanto al nombramiento como rector sin volver a concursar, de un Director de Núcleo Educativo que fue vinculado a dicho cargo por haberse ganado el concurso, le manifiesto:

La Constitución Política en su artículo 125 dispone que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, los funcionarios serán nombrados por concurso público, que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

La Ley 115 de 1994 –Ley General de Educación- que desarrolla el precepto constitucional antes mencionado, establece en su artículo 105 que únicamente podrán ser nombrados como educadores o funcionarios administrativos de la educación estatal, dentro de la planta de personal, quienes previo concurso, hayan sido seleccionados y acrediten los requisitos legales.

Por lo anterior, la designación en propiedad para el desempeño de los cargos directivos docentes (*rector, director rural y coordinador*) al servicio del Estado en establecimientos

educativos, se considera ascenso dentro de la carrera docente; todos los cargos vacantes definitivos de docentes y directivos docentes de la planta de personal al servicio educativo que administran las entidades territoriales certificadas, financiadas con recursos del Sistema General de Participaciones, deberán ser convocados para provisión mediante concurso, siempre y cuando se haya resuelto previamente la situación de los docentes y directivos docentes amenazados y la de los que deban ser reincorporados al servicio por decisión judicial en coordinación con la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En conclusión, independientemente de que el Director de Núcleo a que usted hace alusión haya concursado anteriormente para ser nombrado en propiedad como tal, ello no lo exime del concurso dispuesto en el Decreto 1075 de 2015^[3] Decreto Único Reglamentario del Sector Educación (*que deroga y compila el Decreto 3982 de 2006*) para aspirar al cargo de rector, en condición de igualdad a otros docentes que reúnan los requisitos; la designación en propiedad para el desempeño de los cargos directivos docentes de rector y coordinador de los establecimientos educativos estatales, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley 2277 de 1979, se considera ascenso dentro de la carrera docente; ascenso que se realizará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley, para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, tal como lo establece la Constitución Política.

Por último, los educadores inscritos en el Escalafón Nacional Docente de conformidad con las normas del Decreto-Ley 2277 de 1979 y vinculados en propiedad a un cargo docente o directivo docente antes de la vigencia del Decreto Ley 1278 de 2002, pueden presentarse al concurso de méritos dispuesto en el Decreto 1075 de 2015 antes mencionado, para acceder a otro cargo directivo docente. Si superan el concurso serán nombrados en período de prueba, superado éste, conservarán sin solución de continuidad las condiciones establecidas en el Decreto – ley 2277 de 1979.

El anterior concepto se emite en los términos del artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, que sustituyó el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011.

Atentamente,

^[1] Artículo 63

^[2] (Es una causal autónoma que permite al empleador terminar la relación de trabajo)

^[3] PARTE 4 REGLAMENTACIÓN DE LA ACTIVIDAD LABORAL DOCENTE EN EL SERVICIO EDUCATIVO DE LOS NIVELES DE PREESCOLAR, BÁSICA Y MEDIA, TÍTULO 1 REGLAMENTACIÓN DEL ESTATUTO DE PROFESIONALIZACIÓN DOCENTE, CAPÍTULO 1 PROCEDIMIENTO SELECCIÓN MEDIANTE CONCURSO PARA LA CARRERA DOCENTE, del Artículo 2.4.1.1.1. Ámbito de aplicación. Al Artículo 2.4.1.1.20. Delegación.

INGRID CAROLINA SILVA RODRIGUEZ

Jefe de Oficina
Oficina Asesora Jurídica

Folios: 0

Anexos: 0

Anexo: