UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE POSGRADOS

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN:

LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 Y EL RETIRO FORZOSO EN SERVIDOR PÚBLICO SIN CUMPLIR REQUISITOS DE PENSIÓN.

PRESENTADO POR:

FRANCISCO HOMERO MORA LIZCANO
SANDRA MILENA PARADA RICO

PROFESOR ASESOR:

SERGIO HERNANDO CASTILLO GALVIS

DIRECTOR DEL PROGRAMA

SERGIO HERNANDO CASTILLO GALVIS

REQUISITO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

SAN JOSÉ DE CÚCUTA, JULIO 2021

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

DECLARO QUE:

1. El presente trabajo de investigación, presentado para la obtención del título de Especialista, es original, siendo resultado de mi trabajo personal, el cual no he copiado de otro trabajo de investigación.

2. En el caso de ideas, fórmulas, citas completas, ilustraciones diversas, sacadas de cualquier tesis, obra, artículo, memoria, en versión digital o impresa, se menciona de forma clara y exacta su origen o autor, en el cuerpo del texto, figuras, cuadros, tablas u otros que tengan derechos de autor.

3. Declaró que el trabajo de investigación que pongo en consideración para evaluación no ha sido presentado anteriormente para obtener algún grado académico o título, ni ha sido publicado en sitio alguno.

4. Soy consciente de que el hecho de no respetar los derechos de autor y hacer plagio, es objeto de sanciones universitarias y/o legales, por lo que asumo cualquier responsabilidad que pudiera derivarse de irregularidades, así como de los derechos sobre la obra presentada.

5. De identificarse falsificación, plagio, fraude, o que el trabajo de investigación haya sido publicado anteriormente; asumo las consecuencias y sanciones que de mi acción se deriven, responsabilizándose por todas las cargas pecuniarias o legales que se deriven de ello sometiéndose a la normas establecidas y vigentes de la Universidad Simón Bolívar.

AUTORES:

Samora Paraipa

FECHA: Julio, 2021

Tabla de contenido

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD 2

Resumen 4

Abstract 5

Introducción 6

METODOLOGÍA 9

FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA 10

Antecedentes-Resultados 13

Resultados 15

CONCLUSIONES 21

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 22

La Constitución política de 1991 y el Retiro forzoso del servidor público, sin cumplir requisitos de pensión

Resumen

En Colombia, con el nacimiento del Estado Social de Derecho y la constitucionalización del derecho laboral, se elevan a rango constitucional diversos principios y garantías para los trabajadores y servidores públicos. Uno de estos es la estabilidad laboral, el cual se encuentra en el artículo 125 favor de servidores públicos relacionados con el sistema de carrera administrativa, siendo posible señalar en principio que este derecho no es definitivo y presenta restricciones y falencias creadas en la Constitución y en la Ley. por ello que el objetivo de este trabajo de investigación fue analizar las causales de retiro forzoso del servidor público, que se materializa cuando se haya cumplido la edad de retiro forzoso. De acuerdo al análisis se puede determinar las implicaciones que conllevan a que se vulneren los derechos de los servidores públicos que cumplen con los requisitos para la jubilación y por ende su retiro. Esta investigación se enmarcó en un método interpretativo, con un diseño documental por el estudio y búsqueda de la información seleccionada. Ante esto como conclusión se busca entender la situación actual sobre la violación de los principios que consagran los derechos constitucionales de las personas que están dentro del proceso del retiro forzoso ya que esto les afecta directamente en sus condiciones de calidad de visa y no es avalado por el derecho constitucional.

Palabras Clave: Servidor público - Retiro forzoso - Derecho al trabajo - Mínimo vital.

The Political Constitution of 1991 and Forced retirement from a public servant, without meeting pension requirements

Abstract

In Colombia, with the birth of the social state of law and the constitutionalization of labor law, there arose several constitutional principles and guarantees for workers and public servants. One of these is that of job stability, which is found in Article 125 of the Constitution, in the case of public servants involved in the administrative career system. But this right is not absolute and has limitations established in the Constitution and the Law. One of these limitations is the cause for the forced retirement of public servants who have reached the age of mandatory retirement. In this, the implications of the violation of the rights of public servants by the forced retirement without having met the requirements for retirement are analyzed. With this, it can be seen in the future that the violation of the rights of public workers could radically change the legislation, and normative customs for them, as for all workers in the Colombian labor system, and prepare the way for a new conception of the labor guarantees. all this based on constitutional principles

Keywords: public servant - Forced retirement - Right to work - Poverty line

Introducción

El ser humano posee derechos que son inherentes a él, los cuales salvaguardan su dignidad y se son definidos como derechos culturales, sociales y económicos. Estos derechos existen para que a las personas se les pueda garantizar el cubrimiento de sus necesidades y que puedan desarrollar sus capacidades, garantizándoles de este modo una vida con calidad (Parra Vera & Aránzazu Villanueva, 2008), es por esto por lo que, los Estados deben velar por la protección de estos a todas las personas sin excepción alguna.

Un derecho que debe ser protegido por los Estados es el mínimo vital, y para esto se necesita hacer los controles necesarios que garanticen a los ciudadanos su cumplimiento, puesto que es un derecho que, aunque no es considerado positivamente fundamental, está conectado directamente con el derecho a la vida. Para proteger el derecho a la vida se deben desarrollar unas medidas mínimas que satisfagan su supervivencia y que ayuden asegurar que se salvaguarden plenamente todos los demás derechos que son inherentes a la persona y de esta manera además de salvaguardar su derecho al mínimo vital, se da entero cumplimiento a sus demás derechos (Ferrajoli, 2011).

En este caso Colombia con el nacimiento de la Constitución Política de 1.991, se generaron diversos cambios en la forma de observar, proteger y preservar los derechos y libertades de los colombianos, como quiera que Colombia pasa de un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho, siendo este el primer paso en la transformación del rol del Estado frente a las personas y frente a sus derechos y deberes.

Con la proclama de un Estado Social de Derecho, se logra un giro antropocéntrico que eleva y posiciona al ser humano en un estado de especial protección y privilegio, reconociendo su valía y estatus dentro de un Estado en el que imperaba la jerarquía de la ley frente a los derechos de sus asociados.

La carta magna no sólo presenta un cambio a nivel social, sino que por el contrario ese cambio trasciende al ser humano en su ámbito político, cultural, laboral, medio ambiental, económicos, entre otros, los cuales pretenden la protección de derechos y libertades de todas las personas integrantes del estado colombiano.

La carta magna define una serie de principios denominados fundamentales, los cuales, junto al preámbulo, se convierten en verdaderas normas de normas y sirven de faro para la misma Constitución y en general para el sistema normativo nacional, para el desarrollo de un estado social de derecho; delimitando los fines esenciales del estado, los cuales se centran y tienen un claro objetivo que es el ser humano. Es así que en Colombia los derechos laborales siempre han sido impuestos por nuestros dirigentes de forma que la comunidad o el colectivo casi nunca ha tenido gran participación, por ello siempre se han presentados diversas insatisfacciones en cuanto a las garantías laborales y la forma de llevar a cabo o la forma de aplicar la normatividad laboral que siempre en muchos casos desmejora las condiciones del trabajador.

Por una parte, existen los derechos nominados que son los que se logran identificar claramente en la Constitución Política, tal como son, los derechos fundamentales inherentes a toda persona. Por otra parte, existen los derechos innominados los cuales no están expresados claramente en la Constitución, pero que son reconocidos mediante disposiciones jurídicas. Ejemplo de esto es el derecho al mínimo vital, que es la garantía de las personas para recibir los medios mínimos para cubrir sus necesidades básicas como su ropa y comida. Este derecho está relacionado directamente con los derechos fundamentales puesto que ayuda a garantizar el cumplimiento efectivo de los mismos.

Debido a la promulgación de la Constitución Política del año de 1.991, la carta magna memorable del ordenamiento jurídico y protagonista normativa del tema a tratar, se elevaron a rango constitucional, pluralidad de principios y/o garantías del derecho laboral, entre otros el principio de primacía de la realidad sobre las formas, la norma más favorable; empero la que nos ocupa en el presente tema tratado, es el relacionado con el principio de la solidez del empleo o estabilidad laboral, las diversas formas que el trabajador tiene para hacer valer sus derechos ante violaciones constitucionales y cómo esto podría repercutir hasta en una reforma laboral encaminada a desarrollar nuevas formas de protección laborales a futuro cuando empleados no cumplan con requisitos formales para obtener un derecho adquirido ,En el presente trabajo de investigación, se realiza el análisis de los derechos fundamentales del servidor público, para lo cual se tiene en cuenta las posturas jurisprudenciales en la legislación colombiana, como

profesionales del derecho, el tema objeto de estudio, permite ampliar los conocimientos, dada la vigencia del mismo, en la práctica profesional.

En Colombia existe variedad de normas y jurisprudencia que se transgreden entre sí, resultando afectadas las personas a quienes van dirigidas dichas normas, es así que para toda investigación que se realice en este campo sobresale una interrogante que señala (Higuera 2016) "de Empecemos por preguntarnos de que sirve un derecho sin medios de aplicación, vida sin acción de tutela, libertad sin habeas corpus, derecho ambiental sin acciones populares" (p.04), ante esto la cabal actuación legal desde el estado colombiano como ente regulador sería el cumplimiento ético de las normas de este país, ese sería el deber ser.

Todos los contextos en Colombia están regulados por leyes es muy raro que alguno se escape, que pudiera existir vacíos legales pudiera ser, y entre esos se encuentran las leyes que regulan los servidores públicos, y ahí se han presentado situaciones apegadas al margen de la ley, y así lo afirma Dermisaky (2012) "En el Estado de Derecho Constitucional el desempeño de toda función pública conlleva la consiguiente responsabilidad, la misma que es propia del sistema democrático-representativo…" (p.02), es por ello que el estado de gestión pública la cual va desempeñar una función de aplicación de leyes el mismo estado debe garantizar dicha legalidad en sus empleados o servidores públicos, que es el caso que se está manejando.

Esta situación se presenta con los empleados públicos de Colombia, en donde se le están violando los derechos vitales, entendiéndose según la Corte Constitucional de Colombia por medio de la sentencia T-184/09, de acción de tutela para obtener reconocimiento o reliquidación de pensión la define:

> ...es una consecuencia lógica que haya distintas cargas soportables para cada persona. Para determinar esto, es necesario indicar que entre mayor sea el ingreso de una persona, mayor es la carga que puede soportar y, por ende, la capacidad de sobrellevar con mayor ahínco una variación en el caudal pecuniario que reciba" (s/p).

Sin embargo, la Constitución de la República de Colombia (1991), establece estamentos para el aseguramiento de la seguridad social, como lo es el art 48 donde señala "La Seguridad Social 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". Con esto se evidencia que se debe tener por

parte del Estado un control para que se cumpla y se pueda tener una seguridad social completa bajo la mirada de esta ley, a su vez establece que los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones.

Sin embargo, la situación problemática de análisis de este trabajo se enfoca en analizar los retiros forzosos de las personas que tienen la edad de pensión pero que no cumplen con los requerimientos mínimos para asegurarle una estabilidad a esa persona, ya que el hecho de que una persona llegue a tener la edad de pensión como lo establece las leyes, eso no indica que cumpla con todos los requisitos de ley para que pueda quedar protegía por una pensión que con base a las leyes constitucionales pueda brindarle el estado una cobertura dentro de los rangos de edades laborales.

Ante esto el presente trabajo presente aportar información el cuál será la realidad con base del derecho a la pensión tratado como tal en la Constitución como un derecho fundamental, inconexo del derecho de asociación con la expedición del acto legislativo 01 de 2005, en el cual el Estado modifica el sistema de pensión con efectos negativos para los que llegaran a tener una expectativa para pensionarse, vulnerando los derechos e rebatiendo la realidad marcada como un derecho fundamental.

Es por ello que Arévalo (2016) señala:

> … que el beneficiario de este Derecho, quien ha tenido que sufrir los avatares del sistema pensional en Colombia, para efectivizar el Derecho, al que es merecedor por cumplir requisitos impuestos por leyes laborales y de seguridad social, por cierto, cambiadas sustancialmente, como una constante, en el período de uno u otro gobierno, con evidencias claras, que las motivaciones del Ejecutivo sobre el asunto no son otras que posiciones subjetivas o políticas, teniendo que acudir a la instancias Internacionales para proteger su Derecho.

METODOLOGÍA

El enfoque del presente trabajo fue de tipo interpretativo, este por su parte contempla según Lorenzo (2006) “El paradigma interpretativo busca profundizar en la investigación, planteando diseños abiertos y emergentes desde la globalidad y contextualización. Las técnicas

de recogida de datos más usuales son la observación participativa, historias de vida, entrevistas, los diarios, cuadernos de campo, los perfiles, el estudio de caso, etc." (p.04). es por ello que este trabajo aborda contextos sobre la búsqueda de información en las diferentes fuentes documentales entre lo que se encuentran libros y estudios de caso por decisiones de la corte en materia de pensiones y los retiros forzosos.

De la misma manera se trabajó con un enfoque cualitativo, que según Valdivieso (2007) establece que este enfoque reviste una gran utilidad, en tanto que estudiar los fenómenos desde su expresión cotidiana, imprime una relativa facilidad para aprehender y comprender una determinada realidad. Trasladado al contexto de la naturaleza jurídica que aborda las pensiones en Colombia reviste un análisis de las acciones generadas en la práctica para poder entender este fenómeno.

Con este contexto investigativo se utilizó la técnica de investigación documental establecida por Rojas (2011) como "…procedimientos orientados a la aproximación a, procesamiento y recuperación de información contenida en documentos, independientemente del soporte documental en que se hallen" (p.06), es así que la actividad que se realizó fue la búsqueda de información en diferentes fuentes secundarias , ya que estas son establecidas por revistas científicas y decisiones de la corte para poder realizar una triangulación y establecer un análisis sobre el fenómeno de estudio.

FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

Bases Teóricas

Para Daros (2002), "El marco teórico encuadra una pintura, la ubica, la contiene, le da un centro, la hace relevante. Análogamente, un marco teórico es lo que encuadra, contiene, ubica y hace relevante el sentido del problema. Una teoría, en cuanto permite describir, comprender, explicar e interpretar los problemas, les da a los mismos un marco" (p.07). Es por eso que en este apartado se describirán los diferentes constructos que forman el objeto de estudio del trabajo.

Seguridad Social

La seguridad social como concepto se puede tocar de diferentes dimensiones, pero amarrándolo a lo que concierne este trabajo de investigación se expresa Soto y Calderón (2012), donde señalan:

> La Seguridad Social es un concepto de difícil tratamiento, ya que toca las áreas de la Economía y la Ciencia Política de manera especial. Se asume como un concepto de esencia plenamente económica, en tanto se refiere, a la gestión de unos recursos de naturaleza escasa y que requieren ser administrados bajo los principios de eficiencia, eficacia y celeridad. (p.04).

Es por ello que la seguridad social no se entiende en su única dimensión sobre los derechos que tienen los ciudadanos dentro de un contexto político basado en leyes, sino que va más allá, sin embargo, un concepto más apegado a la Genesis de la conceptualización la expresa Nugent (2012), en donde describe:

> La formación de la seguridad social es el resultado de un prolongado proceso que se extiende desde los inicios del siglo pasado hasta la época presente. Ella hace su aparición desde el momento en que reducidos grupos de trabajadores de algunas actividades económicas se unen con fines de protección mutua, hasta llegar paulatinamente a la protección de todos los trabajadores, por cuenta ajena, después de los laborantes independientes y posteriormente al amparo de toda población contra los riesgos y contingencias, como la enfermedad, el accidente, la maternidad, la vejez y la muerte. (p.06).

Acá si se evidencia el objeto principal de la seguridad social analizándolos orígenes de este contexto, ya que esta seguridad se ha generado a través del tiempo y que son territorios que han peleado las diferentes clases sociales y así poder lograr unión para generar una fuerza que les de sus derechos y poco a poco se volvieron constitucionales.

Toda esta situación ha generado derechos en los grupos sociales, es así que se estipulan como derechos fundamentales y que se consagran a nivel mundial en la mayoría de países, y así lo señala Terrasa (2017), “Entendemos por derechos fundamentales aquellos derechos humanos que han sido positivizados en la Constitución política de un país” (p.05). ante esto se evidencia la importancia que han tenido los movimientos sociales basados en luchas sobre los derechos de los

trabajadores que han llegado a ser parte de las constituciones de los diferentes países a nivel mundial, este es el caso de la mayoría de países de América latina entre ellos Colombia.

En el mismo orden de ideas sobre el discurso de los derechos fundamentales, uno de los juristas de este contexto como Robert Alexy, citado de Jaramillo (2015) describe esto como:

> El contenido *prima facie* de un derecho fundamental se determina al interpretar la disposición que lo consagra, pero en la solución de las tensiones entre derechos constitucionales es que se determina su contenido definitivo que, además, resulta vinculante para el legislador y los particulares**.** El resultado de la aplicación del derecho es la formulación y fundamentación de una regla que expresa la solución definitiva del caso. En este punto radica la conexión entre la ponderación y la *ratio* vinculante de un precedente. (s/p).

Es por eso que esto consagra la disposición de un derecho que debe será aplicado dentro de su marco legal y así debe ser en todos los países constitucionales.

Es aquí que consagra los derechos de los trabajadores colombianos y la discusión planteada en esta investigación sobre el retiro forzoso.

Seguidamente con base a este contexto se inicia en un primera dimensión analizando el contexto con base a la Constitución de La Constitución política de 1991 y Retiro forzoso del servidor público, sin cumplir requisitos de pensión, que señala en su artículo 48 y a su vez apegadas a las leyes 717 de 2001 Por la cual se establecen términos para el reconocimiento de las pensiones de sobrevivientes y se dictan otras disposiciones.

> De esta manera el art. 48 de la Constitución Política emana que la Seguridad Social 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. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

Este marco legal regula sin hacer más extensión todo lo relacionado con las pensiones y que se discutirán más adelante con respecto a las prácticas realizadas.

La base constitucional se enmarca en una serie de derechos denominados derechos fundamentales, y es aquí donde esta investigación se basa para ubicar los derechos laborales de los servidores públicos.

Nuestros servidores públicos son vinculados mediante un contrato de trabajo que regula el tipo de régimen del servicio que va a desarrollar, permitiendo la posibilidad de discutir las condiciones aplicables, las cuales estas están condicionadas con normas especiales y específicas que enmarcan sus derechos laborales. En este sentido estos derechos laborales no son del todo garantistas y van en contravía de lo que aquí se señala como derecho fundamental.

.

Antecedentes-Resultados

El retiro forzoso en Colombia se basa en la edad que se cumpla por el trabajador en la gestión pública, esta se encuentra consagrada en la ley 24 de 1998, pero esta edad se tenía de años, sin embargo, esta ley fue modificada por la ley 1821 de 2016, en esta modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que trabajan en entidades públicas.

> "La edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años. Una vez cumplidos, se causará el retiro inmediato del cargo que desempeñen sin que puedan ser reintegradas bajo ninguna circunstancia.

Los antecedentes de esta investigación abarcan contextos sobre el objeto de estudio para entender empíricamente los hechos que han sucedido en este contexto, es así que para Hernández et al (2013) señala que en los antecedentes sugiere hacer un breve desarrollo histórico del problema y del estado actual del conocimiento empírico y científico en la materia,

así como de otros datos (científicos, técnicos y socioeconómicos) que apoyen y fundamenten la viabilidad de la investigación.

Es por ello que se analizaron algunas situaciones basadas en sentencias de la corte Constitucional a fin de establecer procesos reales para este apartado.

En Sentencia T-426 de 1992 (Corte Constitucional) se define el mínimo vital como el derecho de toda persona de tener las condiciones mínimas para subsistir, que va directamente ligado a los principios de dignidad humana de todo Estado social de derecho, el cual se habilita para contrarrestar las violaciones a la dignidad humana y de esta manera dar pleno cumplimiento de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

Así mismo en sentencia T-011 de 1998 (Corte Constitucional) y T- 384 de 1998 (Corte Constitucional), lo definen como las exigencias mínimas para el cubrir las necesidades básicas de toda persona y su familia, las cuales comprenden el cumplimiento de los demás derechos Constitucionales, que son fundamentales para el humano.

Por su parte, la sentencia SU-995 de 1999 (Corte Constitucional), plantea una distinción entre el salario mínimo y mínimo vital. Se indica allí que, el salario mínimo no satisface en su totalidad el mínimo vital, sino que sumado a esto se trata de que la persona adquiera ciertas condiciones que le permitan tener una vida digna satisfaciendo sus necesidades esenciales, en este mismo sentido se reitera en sentencia T-391 de 2004 (Corte Constitucional).

Posteriormente en Sentencia T-148 de 2002 (Corte Constitucional), se aclara que el derecho al mínimo vital, aunque también cubre las necesidades familiares y debe ser cuantificado considerando si tiene o no personas a su cargo, no puede considerarse como un derecho colectivo, puesto que está en cabeza de la persona que necesita de unos recursos mínimo para tener una vida digna.

Cada persona de acuerdo con su situación económica tiene una capacidad de soportar los cambios económicos que impacten su mínimo vital, puesto que la capacidad de una persona con un estatus de vida alto es mayor y es de allí que nace la propiedad cualitativa del derecho fundamental al mínimo vital a la cual se refiere la Sentencia T-184 de 2009 (Corte Constitucional) y la Sentencia T-581a de 2011 (Corte Constitucional). Con base en lo anterior, se precisa que el mínimo vital de las personas se calcula de acuerdo con su posición socioeconómica y no se puede asemejar éste, como el salario mínimo mensual legal vigente.

En Sentencia T-678 de 2017 (Corte Constitucional), se manifiesta que la carencia de las condiciones mínimas que le permiten a la persona disfrutar de sus derechos fundamentales, transgrede el derecho al mínimo vital y la dignidad humana puesto que, el mínimo vital se desarrolla a partir de ésta y se ve reflejado en todos los derechos fundamentales Constitucionales. La insuficiencia del mismo vulnera los demás derechos fundamentales que se encuentran directamente relacionados con éste.

En este sentido Young (2008), ha reafirmado que un Estado Social de Derecho debe procurar la búsqueda de la satisfacción de los derechos de las personas hasta en tiempos de crisis. Y, en especial, asegurar su mínimo vital, pues este es el derecho que permite la concreción de los demás derechos culturales, económicos y sociales.

Por otra parte, es importante hacer una distinción entre mínimo vital y salario mínimo, puesto que no se puede suponer garantizar la protección del derecho fundamental al mínimo vital con el reconocimiento de un salario mínimo al servidor público, ya que las condiciones socioeconómicas de cada persona son diferentes y, para satisfacer su mínimo vital, es necesario recibir los ingresos económicos para suplir sus necesidades según su posición socioeconómica particular. De igual forma, se debe tener en cuenta si el empleado tiene o no personas a su cargo, puesto que al tener personas a cargo su mínimo vital debe cobijar además las necesidades de esas personas.

En este mismo sentido para Quintero, et al (2019) la concreción de este mínimo vital no equivale a recibir un salario mínimo, pues para materializar este derecho es necesario que la persona reciba sus prestaciones acordes al nivel social que ha logrado en el transcurso de su vida demostrando que, efectivamente, el no poder percibir ese mínimo vital le genera cargas que son imposibles de soporta

Resultados

Dentro de este contexto los resultados que se obtuvieron dentro de esta investigación fueron las diferentes actividades realizadas para el análisis de las diferentes realidades sobre el retiro forzoso apegadas a las diferentes decisiones de los tribunales competentes que a continuación se analizaran.

En este contexto la norma ubica la edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de 70 años, salvo para los funcionarios de elección popular y

los mencionados en el artículo 1º del Decreto ley 3074 de 1968, sin embargo, el artículo 4º de la Ley 1821 de 2016, dispuso que a partir de su publicación, deroga las disposiciones que le son contrarias, en especial las contenidas en el Decreto 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).

Ello significa que la edad de retiro forzoso de 70 años señalada en la Ley 1821 de 2016 solo rige a partir del 30 de diciembre de 2016. Dado que el artículo 1º de la Ley 1821 de 2016 señala que la edad máxima de retiro del servicio es aplicable a las personas que desempeñan funciones públicas, se debe analizar el alcance de dicha expresión, donde hay que tener en cuenta que los conceptos de "función pública" y de "servicio público" no son equivalentes dado que la Constitución distingue claramente esos conceptos y les asigna contenidos y ámbitos normativos diferentes

Es por ello que acá en estos resultados se abordará el tema desde varios puntos de vista, como el práctico, teórico, con bases a las fuentes legales revisadas para dar una postura al respecto de este contexto en Colombia.

Este apartado se iniciará contextualizando las causales del retiro forzoso de servidor público en Colombia las cuales se tienen para seguir desarrollando este tema central.

En un primer plano el retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez, por edad de retiro forzoso (Ley 1821 de 2016, la edad de setenta (70) años), acá se entonces, se observa que una de las causales para que un servidor público se retire forzosamente de su trabajo es cumplir la edad de 70 años. Pero en muchos casos los trabajadores desvinculados han ingresado a sus labores con una edad avanzada determinada y a estos les faltan pocos años para cumplir con los requisitos de pensión y cumple los 70 años y no alcanzan a cotizar todas las semanas que exige la ley de pensiones para obtener su derecho irrenunciable.

Si bien es cierto la responsabilidad del pago de los aportes parafiscales son o del empleador o de la persona independiente, pero en el caso que nos ocupa si esta persona nunca había trabajado antes y cumple los 70 años y esta persona no cuenta con más recursos para subsistir y no tiene más familia, ¿qué pasa con el derecho que tiene esta persona al trabajado y más cuando esta apuestas de poder adquirir una pensión de vejez?, pero el mismo sistema normativo le está quitando la

oportunidad de adquirirlo, es aquí donde el legislador debe aplicar el derecho fundamental a la vida, a la dignidad, a la salud, al trabajo, la primacía de la realidad, la condición más beneficiosa, la norma más favorable y el mínimo vital entre otros proteger al ser humano en su rol de trabajador asegurando su vida, su trabajo y su dignidad, derechos que deben converger simultáneamente para materializar la tutela de los derechos laborales.

Ante la vulneración continua y progresiva de los derechos y garantías de las personas como el mínimo vital, la estabilidad laboral, la vida, la salud, *interalia,* y el concepto de inseguridad jurídica manifiesta en la protección inmediata de estos derechos, la ciudadanía ha tenido que optar diversos recursos interpuestos legalmente para hacer cumplir sus derechos, ya que se evidencia una falta de aplicación en la ley basada en la pirámide de Kelsen donde se establece una jerarquización de los preceptos del estudio y aplicación de las leyes. Urquizu (2009). Es por ello que por encima de la constitución política no debería aplicarse ninguna otra ley o recurso, y esto es lo que está pasando en Colombia con la situación de las pensiones con retiro forzoso.

Por ejemplo, la Corte explica que, con el objetivo de crear oportunidades reales para el ejercicio de los derechos por parte de todos y para evitar situaciones de vulnerabilidad y marginación límite, la Constitución impone, por un lado, metas y programas de acción al Estado que puedan, eventualmente, traducirse en derechos a diferentes prestaciones de orden económico, social y cultural; y por el otro, derechos e intereses legítimos que representan para el Estado obligaciones positivas. Con ello, se pretende conseguir que, con base en una igualdad social, se impida que la libertad real y el pleno desarrollo se encuentren solamente al alcance de una fracción mínima de la población (Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-570/92.

Por ello, y considerando, por una parte, la interdependencia y la unidad de todos los derechos humanos y, por la otra, la fundamental noción de dignidad humana, es deber de las autoridades asegurar, mediante prestaciones públicas, un mínimo de condiciones sociales materiales a todas las personas (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-251/97, párr. 5 y 6).

Como ya se ha mencionado con anterioridad, el artículo 125 constitucional identifica al denominado sistema de carrera administrativa, considerado como aquella garantía que gozan los servidores públicos en materia de estabilidad laboral, ya que en ella se encuentran regulados

aspectos tan importantes y claves para su protección y garantía como el ingreso, ascenso, promoción y retiro. Todos los aspectos antes mencionados, deberán ser regulados y reglamentados por la Constitución y la Ley, con el fin de enaltecer el valor de la democracia, y la garantía de la estabilidad laboral tratándose de servidores públicos.

La jurisprudencia colombiana ha sostenido el alcance y los límites del fuero de estabilidad de los empleados de carrera, y lo ha definido como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo , constituye un factor esencial de protección para el trabajador y, en cuanto se refiere a los servidores públicos, se instituye también en una forma de garantizar la eficacia en el cumplimiento de las funciones confiadas al Estado, (Corte Constitucional Sentencia C- 502 de 2005) pero ha dejado claro que si bien existe estabilidad laboral, esa estabilidad no convierte a los empleados de carrera en seres inamovibles, pues puede retirarse de su cargo por razones de ineficiencia, indisciplina, debidamente demostradas, razón por la cual, dicha estabilidad es meramente relativa, pues argumentando propósitos de modernización y racionalización del gasto, se puede suprimir cargos, dando derecho a una indemnización para el servidor público que ostenta derechos de carrera sobre un empleo, o el derecho a una reincorporación en un cargo similar. (Idrobo, 2012, p.19).

Aunque el sistema de carrera administrativa en materia laboral se convierte en actor garante de derechos fundamentales y en particular del derecho fundamental al trabajo digno y a la garantía de la estabilidad laboral, también es cierto que los servidores públicos tienen una serie de deberes establecidos en la constitución y la ley, y que de no ser cumplidos pueden ser objeto de una sanción de tipo disciplinaria como la destitución del cargo, entre otras, erigiéndose como un límite a la estabilidad laboral en el sistema de carrera administrativa..

La ley 909 de 2004 establece en su artículo 41, literal g que una de las causales de retiro del servicio de empleados de carrera es el cumplimiento de la edad de retiro forzoso.

Sin embargo, y en atención a un principio universal de la vida y la naturaleza, el cual, que toda regla tiene su excepción, principio que tiene amplia aplicación en el derecho, pues al manifestar que una de las causales del retiro del servicio es la del cumplimiento de la edad de retiro forzoso, nos encontramos ante una regla general, la cual no es absoluta y por tanto presenta limitaciones, esto es; presenta excepciones a la regla. Una de estas excepciones se

encuentra establecida en el Decreto 2400 de 1968 del Ministerio de Educación, el cual afirma 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: 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."

Sin embargo, lo anterior destaca que la normatividad vigente aumentó la edad de retiro a la edad de setenta años, ley 1821 de 2016 y esto basado en esta normatividad constitucional no se apega a los derechos constitucionales de esta.

Otra de las excepciones se presenta mediante desarrollo jurisprudencial y basada en derechos y garantías constitucionales como el derecho fundamental al trabajo, al mínimo vital, a la vida, a la salud, a los principios de estabilidad laboral y estabilidad laboral reforzadas, entre otros, los cuales se convierten en un límite a la causal de retiro del servicio como es la edad de retiro forzoso y en cumplimiento de los fines del estado social derecho es la establecida en Sentencia T-154 de 2012 que señala que 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 diferentes argumentos para justificar sus decisiones.

Como se puede observar, la sentencia citada anteriormente, se aparta del tenor literal de la ley 909 de 2004, en tratándose de la causal de retiro del servicio como es el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, y acude a otros criterios de hermenéutica jurídica para encontrar e interpretar el espíritu de la norma, en atención a los mandatos constitucionales establecidos por la carta magna que enaltecen la humanización de la carta y la constitucionalización del derecho laboral.

Entonces, la aplicación de retiro del servicio por cumplimiento de edad de retiro forzoso, se encuentra sujeta a condiciones especiales y particulares del servidor, limitando la aplicación de la norma por parte de la administración y dotando de herramientas de protección de los

derechos fundamentales al servidor que se encuentra inmerso dentro de las condiciones señaladas por la Corte Constitucional.

Bajo el manto de tutela de derechos fundamentales que realiza la Corte Constitucional, en el tema objeto de investigación, no solo la Corporación ha dotado de herramientas a los servidores para proteger sus derechos fundamentales, sino que, adicionalmente ha dotado a la misma administración de herramientas y derroteros a la hora de dar aplicación a los preceptos establecidos en la ley, la cual no debe convertirse en operadores robóticos de la norma, esto es; atendiendo únicamente a su tenor literal, sino que, por el contrario la invita a que revise las condiciones especiales y determinantes del servidor público a la hora de dar aplicación al retiro del servicio por cumplimiento de edad de retiro forzoso, en aras de garantizar los derechos fundamentales del mismo.

Otro ejemplo claro son las sentencias T-678 del 2107, T716 del 2017, sobre el derecho mínimo vital, señalando el reconocimiento de pensiones de invalidez para los sujetos de especial protección constitucional, entre quienes se encuentran las personas con discapacidad y las personas de la tercera edad, procede excepcionalmente vía acción de tutela, no obstante el carácter subsidiario de ésta, siempre y cuando del análisis de cada uno de los casos particulares se concluya que el acceso efectivo a la justicia del accionante, de acuerdo con sus circunstancias particulares, sólo puede garantizarse mediante una acción de tutela. En esta acción de se evidencia que el estado con la promulgación de la ley hace esta promoción donde perjudica a los servidores públicos porque no tienen los requisitos mínimos para lograr pensionarse y con esto viola sus derechos constitucionales, afectándolos ya que no pueden llegar a tener una pensión para la vejez.

Al observar las sentencias citadas anteriormente, la Corte Constitucional ha abierto un par de caminos para que el servidor público pueda proteger sus derechos y garantías, *inter alia,* como la garantía de la estabilidad liberal, el derecho al mínimo vital, la vida y la salud, los cuales se referencian a continuación: el primero caminó por vía de tutela, siempre y cuando no se observen causales de improcedencia de la misma, o por el contrario, la vía de la acción de tutela cuando se impetrar con el fin de evitar un perjuicio irremediable. El segundo camino, es el de acudir ante la jurisdicción respectiva con la pretensión de lograr el reintegro del servidor

público en los casos expresados en la jurisprudencia y de esta forma proteger los derechos fundamentales de los servidores públicos.

CONCLUSIONES

Se podría afirmar que según la constitución política de Colombia y todo el marco normativo de la legislación colombiana, no cuenta con una protección a los derechos y las garantías que tienen los servidores públicos frente al retiro forzoso según sean las circunstancias que estos presenten y el perjuicio que ocasione viéndose vulnerados sus derechos fundamentales como son el trabajo digno, la garantía de la estabilidad laboral, mínimo vital y otros establecidos en la constitución. Esto por cuanto las decisiones tomadas para el retiro forzoso con base a la ley 1821 del 2016 afecta significativamente la seguridad de los trabajadores pasando por encima de la constitución que consagra la seguridad laboral para todas las personas y da pie a un estamento que perjudica a una parte de la población apegada a los retiros forzosos.

El sistema de carrera de los servidores se encuentra establecido, regulado y reglamentado por la Constitución y la ley, en sus niveles de desarrollo fundamental como son el ingreso, la permanencia, promoción y retiro; los cuales deben encontrarse previamente definidos por la ley, en aplicación al principio de legalidad y al debido proceso, esto la misma legislatura y el estado deben ser garantes del cumplimiento de estos contextos para promover una gestión de participación igualitaria en los diferentes niveles, es así que se asegura la estabilidad laboral de los empleados públicos.

En tratándose de las causales de retiro del servicio en el sistema de carrera, la constitución política en su artículo 125 señala las siguientes “El retiro 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.”

Sin embargo, se puede apreciar con base a este documento indagando distintos argumentos y sentencias en los antecedentes que la ley 909 de 2004 establece como una de las

causales de retiro del servicio el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, en atención al mando constitucional establecido en el artículo 125 de la carta magna. Empero, mediante desarrollo jurisprudencial se establece que la aplicación de esta norma no es absoluta e ilimitada, sino que por el contrario deben observarse por parte de la administración, las condiciones particulares y especiales del servidor al momento de dar aplicación a la citada norma, para de esta forma proteger derechos fundamentales como la vida, la salud, el mínimo vital, entre otros.

No obstante es importante tener en cuenta que la edad de retiro forzoso en servidor público cuando este llegue a la edad establecida por la ley constituye un hecho jurídico del cual se deduce unos efectos o consecuencias jurídicas para que los servidores públicos se retiren o aparten del cargo y cesen el ejercicio de sus funciones, pero a su vez también la entidad empresa u órgano público debe retirar o apartar a la persona perjudicada si esta no lo hace voluntariamente teniendo en cuenta los términos establecidos por la ley y tener en cuenta la prestación pensional que posee el servidor público analizando las condiciones especiales y personales para que no se le sean vulnerados sus derechos fundamentales a los que diere lugar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arévalo Lugo, M. D. A. (2016). El derecho a la pensión como derecho fundamental: desconocimiento de los derechos pensionales por parte del estado

Atlatenco Ibarra, Q., Garza Carranza, M. T. D. L., & López Lemus, J. A. (2020). Pensiones contributivas como fuente de ingresos en la vejez prevista por los jóvenes mexicanos. *Entreciencias: diálogos en la sociedad del conocimiento*, *8*(22).

Fonseca, J. L. A. (2019). La estabilidad laboral de los empleados públicos que llegan a la edad de retiro forzoso sin obtener un derecho pensional. *Vis Iuris. Revista de derecho y ciencias sociales*, 150-187.

Fonseca, J. L. A. (2019). La estabilidad laboral de los empleados públicos que llegan a la edad de retiro forzoso sin obtener un derecho pensional. *Vis Iuris. Revista de derecho y ciencias sociales*, 150-187.

Corte Constitucional. (2005). Sentencia C 502-05. La Sala Plena de la Corte Constitucional [ALFREDO BELTRAN SIERRA].

Corte Constitucional. (1998). Sentencia T-560-98. La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional. [VLADIMIRO NARANJO MESA].

Congreso de la Republica de Colombia. Protocolo adicional a la convención americana sobre derechos económicos, sociales y culturales "protocolo de san salvador. Establece Ley No 319 20 SET. 1996. Sentencia C-531. Recuperada de: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-251-97.htm

Congreso de la Republica de Colombia. Control de constitucionalidad integral/principio de unidad de materia-Desconocimiento. Establece Ley No 319 20 SET. 1996. **Sentencia No. C-531/95**. Recuperada de: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-531-95.htm#:~:text=El%20Congreso%20viola%20la%20unidad,de%20la%20cual%20hace%20parte.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-184/09 ACCION DE TUTELA PARA OBTENER RECONOCIMIENTO O RELIQUIDACION DE PENSION-Reiteración de jurisprudencia. Recuperado de: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-184-09.htm

Congreso de la república ley 1821 diciembre 30 de 2016 - Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas. Recuperado de: https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=78874

Colombia. Congreso de Colombia. Ley 909 de 2004. (23, septiembre, 2004). Bogotá: 2004. Recuperada de: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_col_ley_909_sp.pdf

Colombia. Constitución Política de 1991 (30, noviembre, 1991). Bogotá: 1991. Recuperada de: https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/Constitucion-Politica-Colombia-1991.pdf

de Colombia, C. C. (1992). Sentencia emitida por la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional en el expediente T-349.

Corte Constitucional. (1998). Sentencia T-011 Sala Segunda de Revisión de la Corte [EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.]

Corte Constitucional. (2005). Sentencia C-501. La Sala Plena de la Corte Constitucional. [ALFREDO BELTRÁN SIERRA]

Cruz, P. (1989). *Formación y evolución de los derechos fundamentales. Revista Española de Derecho Constitucional.* (pp. 21 – 25). REDC. Recuperado de: file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-FormacionYEvolucionDeLosDerechosFundamentales-79388.pdf

Daros, W. R. (2002). ¿Qué es un marco teórico?. *Enfoques*, *14*(1), 73-112.

DERMISAKY PEREDO, P. (2012). LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORESPÚBLICOS. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, (13), 10-21.

Forero Salcedo, J. R. (2006). Garantías constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales.

Jiménez, D. M. H. (2016). Tipologías de derechos, ¿Una variante en la tutela judicial efectiva? Un análisis desde la ineficacia de la acción de cumplimiento para los derechos sociales. *Revista Via Iuris*, (20), 13-28.

Pérez, A., Domínguez, S., & Ossa, Y. A. C. (2012). El concepto de seguridad social: una aproximación a sus alcances y límites. *Iustitia*, (10), 75-99.

Lorenzo, C. R. (2006). Contribución sobre los paradigmas de investigación. *Educação*, *31*(1), 11-22.

Crotte, I. R. R. (2011). Elementos para el diseño de técnicas de investigación: una propuesta de definiciones y procedimientos en la investigación científica. *Tiempo de educar*, *12*(24), 277-297.

Redacción el país, los pros y contras de la Ley de retiro forzoso. El país, s.p. Recuperado 2015, 12 de septiembre. Recuperado de http://www.elpais.com.co/elpais/cali/noticias/ estos-son- pros-y-contras-ley-retiro-forzoso

Portal Web Protección (s/f) ¿Qué es la pensión? https://www.proteccion.com/wps/portal/proteccion/web/home/proteccion-conecta/consumidor-financiero/informacion-productos-servicios/obligatorias/que-es-pension

Terrasa, L. A. (2017). Los derechos fundamentales en las relaciones laborales privadas de Argentina. *Revista latinoamericana de derecho social*, (25), 157-180.

Sandoval Álvarez, B. (2019). Principios distributivos y pensiones no contributivas en Argentina, Bolivia y México. *Estudios sociológicos*, *37*(110), 457-488.

Nugent, R. (2017). La seguridad social: su historia y sus fuentes.

Hernández, D. L., Vázquez, V. A. F., Alanís, M. C. R., Herrera, G. A. C., & Bonilla, M. D. R. T. (2013). Cómo redactar proyectos de investigación. *Revista de Especialidades Médico-Quirúrgicas*, *18*(4), 331-338.

Córdova, O. E. U. (2009). La nueva estructura del derecho a partir de los estatutos autonómicos. *Revista Boliviana de Derecho*, (7), 96-105.

.