



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: Germán Alberto Bula Escobar

Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación interna: 2434

Número Único: 11001-03-06-000-2019-00183 00

Referencia: Edad de retiro forzoso de servidores públicos.

La Ministra del Trabajo consulta sobre varias situaciones relacionadas con la edad de retiro forzoso de servidores públicos.

I. ANTECEDENTES

Dice la Ministra que para cumplir con el artículo 263 de la Ley 1955 de 2019 «*[p]or la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2011 "pacto por Colombia, pacto por equidad"*», los representantes legales de las entidades debían reportar a la Comisión Nacional del Servicio Civil a más tardar el 25 de julio del año en curso, la totalidad de las vacantes definitivas de los empleos de carrera administrativa, con la identificación de los cargos que al 30 de noviembre de 2018 eran desempeñados por empleados provisionales y que a 25 de mayo de 2019 les faltara 3 años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, sea por semanas de cotización, edad o ambas,.

Asimismo, anota que el inciso segundo del artículo 2.2.11.1.7 del Decreto 648 de 2017 establece:

Las personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 tuvieran 65 años o más y continúan vinculadas al servicio público, deberán ser retiradas del servicio. Lo anterior por cuanto no son destinatarias de la regulación de que trata la citada ley.

En consecuencia, formula a la Sala las siguientes PREGUNTAS:

1. ¿Los servidores públicos que al 31 de diciembre de 2016 cumplieron 65 años y se oponen en (sic) adelantar el trámite de reconocimiento pensional, pueden ser retirados del servicio, aun sin tener dicho reconocimiento de la pensión?

2. ¿Cómo efectuar el retiro de servidores públicos que no son beneficiarios de la Ley 1821 de 2016, afiliados al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en fondos privados que son renuentes de iniciar el trámite de reconocimiento de pensión?
3. ¿En caso de acudir a la facultad otorgada por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, es viable que el empleador solicite el reconocimiento de pensión de los servidores públicos afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS en fondos privados, que se oponen a solicitar su propia pensión, aun cumpliendo requisitos?
4. ¿Para el caso de los servidores públicos que tienen fuero sindical, la edad de retiro forzoso subsume el fuero o es obligatorio iniciar el proceso laboral de levantamiento de fuero, a pesar de que el proceso dure un amplio lapso de tiempo?

Finalmente, efectúa las siguientes preguntas atinentes a los servidores que se acogen a la Ley 1821 de 2016 y manifiestan su voluntad de permanecer en el cargo hasta los 70 años:

1. *¿Podrían manifestar su voluntad de permanecer en el cargo con posterioridad a la expedición del acto administrativo de retiro?*
2. *¿De acogerse a la citada ley una vez retirado del servicio, se debe revocar el retiro?*

II. CONSIDERACIONES

Para dar respuesta a los interrogantes formulados por la Ministra, la Sala analizará los siguientes puntos: i) las motivaciones para la expedición de la Ley 1821 de 2016, ii) el retiro forzoso por cumplimiento de la edad prevista en la ley, iii) el retiro por edad y el respeto de los derechos de los servidores, iv) el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, y v) el derecho de sindicalización y el fuero sindical.

A. Las motivaciones para la expedición de la Ley 1821 de 2016

La ley, de iniciativa parlamentaria, inició su trámite en la Cámara de Representantes con el número 110 de 2015.

Inicialmente pretendía aumentar la edad de retiro forzoso hasta los 70 años solamente para quienes ejercieran algunos cargos del Estado como los de nivel directivo o decisorio y para los particulares que ejercieran funciones públicas.

Es así que, en la exposición de motivos, consta que se pretendía ampliar en cinco (5) años la edad de retiro para algunos servidores del Estado especialmente calificados que hubiesen superado los 60 años de edad.¹

Como justificación del proyecto se enunciaron las siguientes razones:

1. El aumento de la expectativa de vida, lo que ha generado que el porcentaje de personas de la tercera edad se acerque cada vez más al porcentaje de personas jóvenes.
2. Se impactaría favorablemente el ejercicio de los destinos públicos que exigen mayor grado de experiencia y madurez.
3. Se generaría un alivio financiero al sistema pensional, pues no se modifican las condiciones legales para la adquisición del derecho a la pensión y se propiciaría que las personas sigan aportando al sistema de pensional por cinco años más.
4. En todo caso, se garantiza la autonomía de los trabajadores comoquiera que la permanencia en el cargo después de haber completado los requisitos para la pensión de jubilación, y hasta el límite de 70 años, es voluntaria y quien decida continuar con el ejercicio del cargo debe seguir cotizando a la seguridad social del mismo modo y en la misma cuantía que lo hacía con antelación.

Se destaca que en el mes de marzo de 2016 se conformó una subcomisión de representantes a la Cámara que propuso el aumento de la edad de retiro forzoso para todos los servidores públicos y personas que cumplieran funciones públicas, tal como lo había sugerido el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en un concepto que rindió ante esa corporación², con el fin de unificar la edad de retiro forzoso en 70 años.³

Posteriormente, en el informe de ponencia para segundo debate en el Senado de la República se explicaron con claridad los objetivos buscados con esta iniciativa:

Son numerosas las bondades del proyecto de ley de ampliación de la edad máxima de retiro a setenta años. Por una parte, se capitaliza el conocimiento y la experiencia de población adulta... para el manejo de funciones públicas...

¹ Gaceta del Congreso 702 de 2015.

² Comunicación suscrita por el Viceministro de Hacienda y radicada en la Secretaría General de la Cámara de Representantes el 14 de marzo de 2016.

³ Ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 8 de febrero de 2017. Concepto 2326.

delicadas, y por otra, se alivia de modo significativo la carga financiera del sistema pensional a cargo del Estado, como quiera que se elimina el subsidio pensional que en la actualidad existe para cada pensionado que se retira como máximo a los 65 años de edad.

La propuesta, por lo demás, le apunta a la autonomía de los trabajadores, como quiera que la permanencia en el cargo después de haber completado los requisitos para la pensión de jubilación, y hasta el límite de 70 años, es voluntaria, pero quien decida continuar en el ejercicio de su cargo, deberá continuar cotizando a la seguridad social del mismo modo y en la misma cuantía en que lo venía haciendo con antelación, así haya completado ya los requisitos para obtener su pensión. (Resalta la Sala).

Finalmente, en el concepto 2326 de 2017 y respecto a la finalidad general perseguida por la Ley 1821 de 2016, esta Sala explicó:

La Ley 1821 de 2016 es la culminación de una serie de propuestas e iniciativas legislativas que, desde hace varios años, buscaban aumentar la edad de retiro forzoso para los servidores públicos, inspiradas en el simple pero importante motivo de que las expectativas de vida de los colombianos, tanto en el caso de los hombres como de las mujeres, han aumentado dramáticamente desde 1968, cuando se estableció en 65 años la edad de retiro forzoso.

Asimismo, manifestó:

A juicio de la Sala, este artículo trae dos (2) importantes consecuencias, desde el punto de vista jurídico: (i) en primer lugar, aumenta la edad de retiro forzoso, hasta los 70 años, para los cargos, posiciones y funciones públicas que ya estaban sometidos a la edad máxima de 65 años para su ejercicio, de acuerdo con la legislación anterior, y (ii) en segundo lugar, somete a la edad de retiro forzoso (70 años) a aquellos servidores públicos y particulares que ejerzan de manera permanente funciones públicas y que, de acuerdo con el régimen anterior, no estaban sometidos a dicha causal de retiro, con excepción solamente de los mencionados en el segundo inciso del mismo artículo...

(...)

(...) se explicó que la versión final de la ley, especialmente en su artículo primero, fue el producto de una evolución ocurrida durante su trámite legislativo, desde la versión inicial del proyecto de ley, en la que se proponía aumentar la edad de retiro forzoso exclusivamente para ciertos funcionarios públicos y para los particulares que ejercieran funciones públicas de manera permanente, sin establecer excepciones, hasta el texto aprobado finalmente por el Congreso de la República,

en el que se aumenta a 70 años la edad de retiro forzoso para todas las personas que cumplan funciones públicas (servidores públicos y particulares), y se establecen dos salvedades expresas: (i) para los funcionarios de elección popular y (ii) para los funcionarios públicos listados en el artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968, modificado por el artículo 1º del Decreto Ley 3074 del mismo año⁴.

Vale la pena recordar que la ampliación en el alcance del proyecto que se convirtió en la Ley 1821 de 2016, se dio por solicitud de varios congresistas y fue acogida por la "comisión accidental" que conformó la plenaria de la Cámara de Representantes para resolver diversas inquietudes y sugerencias de los parlamentarios, antes de la discusión y aprobación de la iniciativa legislativa en segundo debate.

B. El retiro forzoso por cumplimiento de la edad prevista en la ley

La jurisprudencia constitucional ha señalado:

1. Los cargos públicos no pueden ser desarrollados a perpetuidad, *«ya que la teoría de la institucionalización del poder público distingue la función del funcionario, de suerte que éste no encarna la función, sino que la ejerce temporalmente»*.

2. La función pública es de interés general, lo que significa que la sociedad tiene derecho a que se consagren garantías de eficacia y eficiencia en el desempeño de ciertas funciones. *«Por ello es razonable que exista una regla general, pero no absoluta, que fije una edad máxima para el desempeño de funciones, no como cese de oportunidad, sino como mecanismo razonable de eficiencia y renovación de los cargos públicos»*.

3. No hay principio de razón suficiente en impedir el acceso de nuevas generaciones a los empleos públicos, so pretexto de una mal entendida estabilidad laboral.⁵

Por su parte, la jurisprudencia administrativa laboral ha entendido que la figura de la edad de retiro forzoso, instituida como una limitación para acceder y ejercer el empleo público, tiene justificación constitucional en *«la necesidad de permitir un acceso en igualdad de condiciones a los cargos de la administración pública y*

⁴ Tal como fue aclarado por la Sala en el concepto N° 2326 de 2017, y corregido por el Gobierno Nacional mediante el artículo 1º del Decreto 321 de 2017, «por el cual se corrigen unos yerros en la Ley 1821 de 2016...».

⁵ Corte Constitucional. *Sentencia C-351 de 1995*.

*garantizar el derecho al trabajo de quienes aspiran a acceder a dichos cargos por un relevo generacional que concrete los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 54 y 334 de la Carta Política, que imponen al Estado la obligación de promover la ubicación laboral de las personas que se encuentran en edad de trabajar y lo autorizan para intervenir con miras a alcanzar el pleno empleo de los recursos humanos».*⁶

Asimismo, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha explicado:

En el caso colombiano, el ordenamiento nacional concibe la figura de la edad de retiro forzoso como una limitación para acceder y ejercer el empleo público⁷. La aceptación de esta clase de retiro del servicio ha encontrado justificación en la necesidad de permitir un acceso igualitario a los cargos de la administración y el derecho al trabajo de los ciudadanos que buscan desempeñarse en el sector público. Igualmente, se ha indicado que esta figura desarrolla los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 54 y 334 de la Carta Política, los cuales imponen al Estado la obligación de promover la ubicación laboral de las personas que se encuentran en edad de trabajar y lo autorizan para intervenir con miras a alcanzar el pleno empleo de los recursos humanos. Adicionalmente, la figura de la edad de retiro forzoso contribuye a la eficiencia y renovación de los cargos públicos y hace efectivo el derecho al descanso del funcionario⁸

En el dominio normativo se encuentra que el artículo 125 de la Constitución señala que el retiro de los cargos públicos de carrera se hará **i)** por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, **ii)** por violación del régimen disciplinario y **iii)** por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

La edad de retiro forzoso es una de aquellas causales objetivas previstas en la ley a las que se refiere la Constitución y que en líneas generales ha respondido a la siguiente regulación:

⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 7 de junio de 2018. Expediente.

⁷ “De las normas transcritas se tiene que la edad de retiro forzoso es una limitación para acceder o ejercer empleo público”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 14 de febrero de 2013, Radicación número: 11001-03-28-000-2012-00016-00. Véase igualmente: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 10 de febrero de 2011, Radicación número: 73001-23-31-000-2002-01326-01(0199-06).

⁸ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de febrero de 2014. Radicación interna 2188.

Mediante la Ley 65 de 1967 se otorgaron al Presidente de la República facultades extraordinarias para modificar el régimen del personal civil de la Rama Ejecutiva.

En cumplimiento de dicho mandato profirió el Decreto Ley 2400 de 1968 por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y en su artículo 31 estableció la edad de retiro forzoso en 65 años para todos los empleados públicos.

Con posterioridad, el Decreto 1950 de 1973,⁹ por el cual se reglamentan los decretos leyes 2400¹⁰ y 3074 de 1968,¹¹ en el artículo 122, dispuso:

Artículo 122. 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 Nacional 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año.

Luego, la Ley 909 de 2004¹² «*[p]or la cual se expiden disposiciones que para regular el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública*», en el literal g) del artículo 41 estableció la edad de retiro forzoso como causal de retiro de los empleados públicos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, en los siguientes términos:

Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos

:
(...)

g) Por edad de retiro forzoso; (...).¹³

Finalmente, la Ley 1821 de 2016 en el artículo 1 prevé:

⁹ Por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil.

¹⁰ Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.

¹¹ Por el cual se modifica y adiciona el Decreto número 2400 de 1968.

¹² Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

¹³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 9 de febrero de 2017. Expediente 2014-00942.

ARTÍCULO 1o. 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.

Lo aquí dispuesto no se aplicará a los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el artículo 29 del Decreto-ley 2400 de 1968, modificado por el artículo 1o del Decreto-ley 3074 de 1968.

Además, el Decreto 1083 de 2015 *«[p]or medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública»* en el artículo 2.2.11.1.7 dice:

Artículo 2.2.11.1.7 Edad de retiro forzoso. A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, la edad de setenta (70) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo las excepciones señaladas en el artículo 2.2.11.1.5.

Las personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 tuvieron 65 años o más y continúan vinculadas al servicio público, deberán ser retiradas del servicio. Lo anterior, por cuanto no son destinatarias de la regulación de que trata la citada ley.

Entonces, a la luz de la Ley 1821 de 2016, *«el efecto o consecuencia jurídica para las personas que desempeñen funciones públicas y lleguen a la edad de setenta (70) años, es la de producirse “el retiro inmediato del cargo que desempeñen”, al cual, además, no pueden ser “reintegradas” posteriormente»*.¹⁴

Finalmente, es preciso anotar que la Sala en concepto 2326 del 8 de febrero de 2017, sobre los efectos de la ley en el tiempo, concluyó:

Dado que la vigencia de la Ley 1821 de 2016 se rige por el “efecto general inmediato” (no es retroactiva) y que el artículo 2º de la misma no regula el supuesto fáctico que se describe en la pregunta, no pueden permanecer en sus cargos, hasta cumplir los 70 años de edad, las personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 (es decir, hasta el 30 de diciembre de ese año) cumplieron la edad de retiro forzoso a la que estaban sujetos, pero que continúan, por cualquier motivo, en el ejercicio de funciones públicas, independientemente de que su situación laboral o administrativa haya sido declarada (no constituida) o no mediante un acto administrativo en firme.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta Servicio Civil. Concepto 2405 del 5 de febrero de 2019.

Dichas personas deben retirarse efectivamente de sus cargos y/o cesar en el ejercicio de las funciones públicas dentro del plazo y en las condiciones que establecían (o establecen) las normas legales y reglamentarias anteriores a la Ley 1821 que les sean aplicables, sin desconocer, en todo caso, lo previsto en la jurisprudencia constitucional para amparar los derechos fundamentales de las personas de la tercera edad y otras que requieren protección en condiciones especiales.

C. El retiro por edad y el respeto de los derechos de los servidores

La jurisprudencia -del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional- ha sido clara al explicar que el retiro forzoso es una causal de retiro del servicio de carácter objetivo, lo que hace que en principio el servidor no pueda ser reintegrado bajo ninguna circunstancia.

Empero, ha insistido en la necesidad de tener en cuenta criterios de razonabilidad en su aplicación para evitar la desprotección de las personas que van a ser desvinculadas.¹⁵

La Corte Constitucional ha dicho:

La aplicación de las normas que establecen el retiro forzoso como causal de desvinculación debe hacerse de forma razonable, valorando las circunstancias especiales de cada caso, con el fin de evitar la violación de los derechos fundamentales de los adultos mayores. Específicamente se ha entendido que su aplicación objetiva, sin verificar el contexto en el que tiene lugar su exigibilidad, puede llevar a efectos contrarios a la Carta, al poner a sus destinatarios ante el desconocimiento de su mínimo vital, cuando éstos carecen de las condiciones para asegurar la satisfacción de sus necesidades básicas y todavía no acreditan los requisitos para acceder a una pensión de vejez, existiendo por lo menos una expectativa legítima sobre su reconocimiento¹⁶.

En efecto, la desvinculación de un empleado *«por el cumplimiento de la edad de retiro forzoso no se puede llevar a cabo de una manera automática, sino que debe hacerse con un análisis previo de las particularidades de cada caso, pues privar del ingreso a una persona de la tercera edad puede conllevar a que se vulneren derechos como el mínimo vital y la salud»*.¹⁷

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 5 de julio de 2018. Expediente 2018-00087.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-643 de 2015.

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 5 de julio de 2018. Expediente 2018-00087.

En la sentencia T-360 de 2017 la Corte Constitucional precisó que para no aplicar automáticamente la causal del cumplimiento de la edad de retiro forzoso debe verificarse:

(a) Que no haya sido reconocida la pensión por mora en el fondo de pensiones, pese a cumplir con los requisitos para recibir la pensión de vejez o jubilación,¹⁸ o

(b) Que le falte un corto período de tiempo para completar el número de semanas de cotización requeridas para acceder al derecho a la pensión de vejez¹⁹

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional en sentencia C 501 de 2005 ha señalado que para proteger la efectividad de los derechos de los trabajadores y asegurar que puedan gozar del descanso en condiciones dignas, es preciso que el retiro 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.

Así también lo ha sostenido esta Corporación:

*Para disponer el retiro del trabajador o servidor público, no es suficiente la notificación de la decisión a través de la cual se materializa el reconocimiento pensional, sino que también es necesario verificar la inclusión en la nómina pensional correspondiente, con el fin de que el cambio de estatus no implique la privación de un ingreso mensual que garantice el mínimo vital y móvil del sujeto que sea separado del empleo».*²⁰

Entonces, si bien es cierto que al cumplirse la edad de retiro se genera una causal objetiva de desvinculación de los cargos públicos, la jurisprudencia ha sido perentoria al sostener que su aplicación no es automática y que es deber de la Administración ponderarla con los derechos de los trabajadores.

En tal medida, es necesario que el empleador público analice si al momento del retiro el servidor tiene o no derecho a pensión y, si lo tiene, que le haya sido reconocida y se le haya incluido en nómina.

¹⁸ Cf. Corte Constitucional. Sentencia T-643 de 2015.

¹⁹ Cf. Ibíd.

²⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 8 de febrero de 2018. Expediente 2012-01184.

Empero, también es menester evaluar si la pensión no ha sido reconocida por mora de la administradora o fondo de pensiones, así como si se debe a la omisión del empleado -pese a cumplir con los requisitos-.

D. El artículo 9 de la Ley 797 de 2003

En párrafos anteriores se ha explicado que: i) los cargos públicos no pueden ser desarrollados a perpetuidad, ii) es razonable que se fije una edad máxima para el desempeño de funciones como mecanismo de eficiencia y renovación de los cargos públicos, y iii) es necesario garantizar el derecho al trabajo de quienes aspiran a acceder a los cargos por efectos de relevo generacional.

En tal virtud, el establecimiento de una edad de retiro forzoso es una medida que asegura el cumplimiento «del artículo 54 de la Carta que señala que es deber del Estado propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar, lo cual se complementa con lo dispuesto en el artículo 334, en el que dispone que una de las razones que justifican la intervención por parte del legislador en las actividades económicas, es la de dar pleno empleo a los recursos humanos».²¹

Se impone entonces el deber de asegurar que, una vez se cumplan las condiciones legales, se proceda por parte de la Administración a desvincular a aquellos servidores que han llegado a la edad de retiro; no en vano es una causal objetiva de retiro forzoso, y no es potestativa.

Es menester que la Administración recurra a todos los instrumentos legales para evitar que cualquier persona —el servidor público, en el caso que nos ocupa— abuse de sus derechos en perjuicio de los fines superiores que la Constitución protege, como es el vinculado al derecho de renovación generacional en los empleos del Estado.

Así, el párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 «[p]or la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales» prevé:

PARÁGRAFO 3o. Se 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. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo

²¹ Corte Constitucional. Sentencias C-084 de 2018 y C-135 de 2018.

o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones. (Resalta la Sala)

Como se aprecia, la norma faculta expresamente al empleador para iniciar el trámite respectivo si el servidor público no solicita el reconocimiento pensional pasados 30 días del cumplimiento de los requisitos.

Tal posibilidad opera para todos los servidores afiliados al sistema general de pensiones, sin importar el régimen al cual pertenezcan.

E. El derecho de sindicalización y el fuero sindical

El artículo 39 de la Constitución Política reza:

ARTICULO 39. Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución.

La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos.

La cancelación o la suspensión de la personería jurídica sólo procede por vía judicial.

Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión.

No gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la Fuerza Pública.

En la sentencia C-063 de 2008 la Corte Constitucional anota que el artículo transcrito consagra el derecho de sindicalización al establecer que los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones sin intervención del Estado.

El Convenio 98 sobre el derecho de sindicalización y de negociación colectiva establece:

Artículo 1

1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

[...]

(b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo²²
(Subraya la Sala)

Por su parte, el Convenio 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, de manera similar al Convenio 98, prevé:

Artículo 4

1. Los empleados públicos gozarán de protección adecuada contra todo acto de discriminación antisindical en relación con su empleo.

2. Dicha protección se ejercerá especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

[...]

(b) despedir a un empleado público, o perjudicarlo de cualquier otra forma, a causa de su afiliación a una organización de empleados públicos o de su participación en las actividades normales de tal organización.²³ (Se resalta)

En este punto es pertinente advertir que la Corte Constitucional en la ya señalada sentencia C-063 de 2008 afirma:

²² Convenio aprobado por la Ley 27 de 1976

²³ Convenio aprobado por la Ley 411 de 1997

En cuanto a las fuentes internacionales provenientes de la OIT, cabe resaltar en esta oportunidad, el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (num. 87) y el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (num. 98). Sobre estos dos convenios, la Corte ha considerado que forman parte del bloque de constitucionalidad en cuanto se refieren a derechos humanos fundamentales en el trabajo como la libertad sindical y la aplicación de los principios de derechos de sindicalización colectiva²⁴. (Subraya fuera del texto)

Asimismo en la sentencia T-063 de 2014, el tribunal constitucional anota:

Ahora bien, Colombia ratificó los Convenios 87 y 151 de OIT mediante las leyes 26 de 1976 y 411 de 1997, respectivamente, generando para el Estado la obligación de asumir y respetar todas las directrices contenidas en ellos. Lo contrario implicaría la vulneración de los derechos fundamentales allí regulados respecto de los cuales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 9²⁵, 53²⁶ y 93²⁷ de la

²⁴ Ver sentencias de la Corte Constitucional: T-418 de 1992, T-441 de 2000, SU-342 de 1995, C-225 de 1995, T-568 de 1999, C-010 de 2000, C-385 de 2000, C-567 de 2000, C-597 de 2000, C-797 de 2000, C-1491 de 2000

²⁵ ARTÍCULO 9. «Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia. De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe».

²⁶ ARTÍCULO 53. «El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores».

²⁷ ARTÍCULO 93: «Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las

Constitución Política, todas las autoridades están sujetas a dar cabal cumplimiento por tratarse de instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, y el desconocimiento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que fija los alcances de los derechos fundamentales²⁸

Según la Organización Internacional del Trabajo las normas internacionales del trabajo son instrumentos jurídicos preparados por los gobiernos, empleadores y trabajadores que establecen unos principios y unos derechos básicos, y se dividen en: i) convenios legalmente vinculantes que pueden ser ratificados por los estados miembros, y ii) recomendaciones, que actúan como directrices no vinculantes para complementar al convenio con detalles para su aplicación o que pueden ser autónomas, es decir, no vinculadas con ningún convenio.²⁹

Es de resaltar que el 23 de junio de 1971 en la 56ª reunión de la OIT se adoptó la Recomendación 143 sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en donde se prevé:

5. Los representantes de los trabajadores en la empresa deberían gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales representantes, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor.

6.

(1) Cuando no existan suficientes medidas apropiadas de protección aplicables a los trabajadores en general, deberían adoptarse disposiciones específicas para garantizar la protección efectiva de los representantes de los trabajadores.

(2) Tales disposiciones podrían incluir medidas como las siguientes:

(a) definición detallada y precisa de los motivos que pueden justificar la terminación de la relación de trabajo de los representantes de los trabajadores;

(b) exigencia de consulta, dictamen o acuerdo de un organismo independiente, público o privado, o de un organismo paritario antes de que el despido de un trabajador sea definitivo;

garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él».

²⁸ Sentencia T-261 de 2012.

²⁹<http://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang--es/index.htm>

(c) procedimiento especial de recurso accesible a los representantes de los trabajadores que consideren que se ha puesto fin injustamente a su relación de trabajo, o que sus condiciones de empleo han sido modificadas desfavorablemente, o que han sido objeto de trato injusto; (Subraya la Sala)

Sobre esta temática se encuentra que la sentencia de la Corte Constitucional T-063 de 2014 señala:

En cuanto a la Recomendación 143 de la OIT adoptada en 1971 por la Conferencia General, debe decirse que a pesar de no tener un carácter vinculante sí contiene directrices que sirven para orientar las actuaciones de las autoridades de los Estados. En ese escenario y teniendo en cuenta que Colombia es Estado Parte de la Organización Internacional del Trabajo, no pueden ignorarse las recomendaciones emitidas por sus órganos, ya que como ha sido establecido por esta corporación, aunque no sean vinculantes directamente, generan una triple obligación en cabeza de los Estados, así: "deben 1) ser acogidas y aplicadas por las autoridades administrativas; 2) servir de base para la presentación de proyectos legislativos; y 3) orientar el sentido y alcance de las órdenes que el juez de tutela debe impartir para restablecer los derechos violados o amenazados en ése y los casos que sean similares³⁰.

Así lo reconoció esta corporación al indicar que "Se hace mención a esta Recomendación, que si bien no tiene un carácter vinculante para los Estados, sí permite demostrar la importancia de los permisos sindicales, y la preocupación de esta organización mundial en promulgar su reconocimiento.

Más aún, cuando nuestra legislación no consagra expresamente la existencia de éstos, a pesar de ser, sin lugar a dudas, **uno de los mecanismos o vehículos para el cabal ejercicio del derecho fundamental a la asociación sindical,**

³⁰ Sentencia T-568 de 1999. En esta ocasión la Corte ordenó reintegrar a 209 trabajadores de las Empresas Varias de Medellín ESP que fueron despedidos luego de la calificación de ilegalidad de la huelga en la que participaron para manifestar su inconformidad con la convención colectiva que regía las relaciones entre los empleados afiliados y la empresa. Los accionantes, ante la falta de acción de las autoridades nacionales, acudieron mediante una queja ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT al considerar que dicha declaratoria de ilegalidad de la huelga se llevó a cabo vulnerando el debido proceso, pues no se contó con su participación en la misma. Este órgano recomendó al Estado colombiano adoptar las medidas necesarias para que el reintegro de los dirigentes sindicales atendiendo la obligación internacional de no interferir en las actividades sindicales en menoscabo de los trabajadores. La Corte le recordó al Gobierno el deber de cumplir los compromisos que adquirió en el plano internacional para que "*los derechos de las personas consignados en los tratados no queden como meras buenas intenciones manifestadas externamente y desdichas en el país*".

cuando ellos son concebidos de forma racional, proporcional a la misma función sindical³¹. Resaltado original.

Así, todas aquellas recomendaciones que complementen los instrumentos internacionales que contienen derechos reconocidos por el Estado colombiano en el ámbito internacional, deben considerarse igualmente importantes al momento de definir las actuaciones de las autoridades en la esfera interna.

En tales circunstancias, es dable concluir que el artículo 39 de la Constitución Política consagra el derecho de sindicalización que apareja la posibilidad para las personas de vincularse a organizaciones con el objeto de defender intereses laborales comunes.

Es menester precisar que dicho derecho también se encuentra reconocido por los convenios 87, 98 y 151 de la OIT, aprobados por el legislador colombiano y que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

A la luz de tales convenios se confiere a los trabajadores, entre otras, la garantía a no ser despedido o perjudicado por razón de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales.

En consonancia, la Recomendación 143 de la Organización Internacional de Trabajo señala que deben detallarse y precisarse los motivos que pueden justificar la terminación de la relación de trabajo de los representantes de los trabajadores.

Igualmente deben contemplarse consultas, dictámenes o acuerdos de organismos independientes antes del despido.

Finalmente, deben adoptarse procedimientos especiales para los representantes de los trabajadores que consideren que se ha puesto fin injustamente a su relación de trabajo, o que sus condiciones de empleo han sido modificadas desfavorablemente.

Surge así la necesidad de implementar el denominado fuero sindical, que es definido por el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo así:

ARTICULO 405. DEFINICION. Se denomina "fuero sindical" la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma

³¹ Sentencia T-322 de 1998. Posición reiterada en la sentencia T-464 de 2010.

empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo.

Para la Corte Constitucional en la sentencia T 606 de 2017, dicho fuero surge del artículo 39 constitucional como una de las medidas de protección del derecho de libertad y asociación sindical para quienes ostenten la calidad de «*representantes sindicales*».

La figura «es desarrollada por el Código Sustantivo del Trabajo en el artículo 405 como una garantía institucional del sindicato y, en especial, de algunos trabajadores sindicalizados a *“no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo”*»

En criterio de la Corte, *«la finalidad del fuero, a pesar de materializarse en un derecho al trabajador a no ser despedido, trasladado y desmejorado, es la de garantizar la continuidad de sus labores y evitar prácticas orientadas a disuadir a los trabajadores de plantear sus demandas mediante los derechos que componen la libertad sindical.»*

Con el fuero se procura que los sindicatos, mediante sus representantes, puedan ejercer la función para la cual fueron constituidos, esto es, la defensa de los intereses económicos y sociales de sus afiliados; por lo tanto constituye un elemento esencial para el ejercicio del derecho a la asociación sindical.³²

No obstante, existe la posibilidad del levantamiento de fuero sindical, en virtud del cual *«el empleador que pretenda cambiar las condiciones de trabajo del empleado con garantía foral -traslado o desmejora- así como dar por terminado su contrato del trabajo, deberá interponer una demanda ante el juez laboral ordinario, para lo cual debe invocar una justa causa»*.

En tal virtud, la ley laboral le impone al empleador la carga de solicitar un permiso al juez de trabajo dirigido al levantamiento del fuero, el cual debe ser negado en caso de que no se presente una justa causa.³³

³² Corte Constitucional. Sentencia T-029 de 2004

³³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 30 de marzo de 2017. Expediente 2006-00413

Entonces, el objetivo del proceso de levantamiento del fuero es i) verificar la ocurrencia de la causa que alega el empleador, y ii) el análisis de su legalidad o ilegalidad.³⁴

Así las cosas, y en el particular caso de los servidores que tienen fuero sindical y llegaren a la edad de retiro forzoso, en todo caso están cobijados por el derecho de sindicalización, el que apareja el fuero, circunstancia que obliga a que antes de disponerse su desvinculación deba acudirse ante los jueces para que decreten su levantamiento.³⁵

III. La Sala RESPONDE:

Para una mejor ordenación del tema, la Sala abordará en primer lugar las preguntas 1 y 2, adicionales, en relación con “los servidores que se acogen a la Ley 1821 de 2016 y manifiestan su voluntad de permanecer en el cargo hasta los 70 años”:

- 1. ¿Podrían manifestar su voluntad de permanecer en el cargo con posterioridad a la expedición del acto administrativo de retiro?*
- 2. ¿De acogerse a la citada ley una vez retirado del servicio, se debe revocar el retiro?*

Los funcionarios a quienes cobija la Ley 1821 de 2016 pueden permanecer en el servicio hasta la edad de 70 años. En el evento de que se hubieren retirado mediante acto administrativo ejecutoriado, podrían volver a ser vinculados, siempre con sujeción a la edad de retiro forzoso establecida en la ley.

Una vez ejecutoriado el acto de desvinculación, vale decir retirada la persona del servicio, es improcedente la revocatoria del retiro.

Lo anterior, sin perjuicio de que pueda efectuarse un nuevo nombramiento.

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-029 de 2004.

³⁵ La Sala advierte que son pocos los pronunciamientos judiciales sobre el tema. Sin embargo, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Risaralda en sentencia de segunda instancia ha sostenido que en casos en que se solicita el levantamiento del fuero sindical por haber arribado el trabajador a la edad de retiro forzoso, si bien la causal no se encuentra enlistada en el artículo 410 del Código Sustantivo de Trabajo para autorizar el despido de un trabajador aforado, al extenderse la garantía foral a los servidores públicos, es necesario armonizar las causales contenidas en el estatuto laboral con el marco normativo que regula la relación legal y reglamentaria. Sentencia del 3 de agosto de 2018. Expediente 2018-00282

La atenta lectura del artículo 2 de la Ley 1821 permite concluir que es posible no solo permanecer en el ejercicio de funciones públicas, sino acceder a ellas hasta la edad de 70 años.

A continuación, y en virtud de su unidad temática, se responden conjuntamente las preguntas iniciales 1, 2 y 3:

1. ¿Los servidores públicos que al 31 de diciembre de 2016 cumplieron 65 años y se oponen en (sic) adelantar el trámite de reconocimiento pensional, pueden ser retirados del servicio, aun sin tener dicho reconocimiento de la pensión?
2. ¿Cómo efectuar el retiro de servidores públicos que no son beneficiarios de la Ley 1821 de 2016, afiliados al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en fondos privados que son renuentes de iniciar el trámite de reconocimiento de pensión?
3. ¿En caso de acudir a la facultad otorgada por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, es viable que el empleador solicite el reconocimiento de pensión de los servidores públicos afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS en fondos privados, que se oponen a solicitar su propia pensión, aun cumpliendo requisitos?

En el caso de los servidores que no son beneficiarios de la Ley 1821 de 2016, y en los términos y condiciones establecidos en el párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la Administración, previamente a disponer su retiro por la causal de arribo a la edad de retiro (65 años) y ante la renuencia a adelantar los trámites respectivos, debe solicitar y obtener el reconocimiento pensional, y la respectiva inclusión en nómina.

Lo dicho aplica a los servidores que sean renuentes a solicitar el reconocimiento pensional, se repite, en los términos y condiciones establecidos en el párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, independientemente del régimen a que estén afiliados.

Por último, la sala da respuesta a la pregunta número 4, sobre la edad de retiro y el fuero sindical:

4. ¿Para el caso de los servidores públicos que tienen fuero sindical, la edad de retiro forzoso subsume el fuero o es obligatorio iniciar el proceso laboral de

levantamiento de fuero, a pesar de que el proceso dure un amplio lapso de tiempo?

En el caso de los servidores con fuero sindical que llegaren a la edad de retiro forzoso, la administración está obligada a acudir ante los jueces en solicitud del levantamiento del fuero correspondiente, con base en dicha causal. Tal conducta viene determinada en virtud del derecho de sindicalización al que está aparejado el fuero sindical.

Remítanse copias a la Ministra de Trabajo y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.



EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Presidente de la Sala



ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado



GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado



ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado



LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala

19 JUN. 2020 LEVANTADA LA RESERVA LEGAL MEDIANTE AUTO DE FECHA 19 DE JUNIO DE 2020