

Proceso de retiro forzoso en Colombia ante el derecho fundamental al mínimo vital¹

Forced Retirement Process in Colombia in The Face of The Fundamental Right to The Minimum Living

Miguel Emilio Palencia Lastre ²

Resumen

El artículo que se presenta tiene como objetivo general; caracterizar el proceso de retiro forzoso en Colombia ante el derecho fundamental al mínimo vital, metodológicamente se orientó al tipo de investigación de tipo descriptivo, documental, bajo el método cualitativo, utilizando como técnica de recolección de datos la revisión bibliográfica, destacando la información relevante con la técnica del fichaje. Los resultados se analizaron bajo el proceso hermenéutico y destacando la información contextualizando el análisis de contenido. Evidenciándose que la norma que regula el retiro forzoso del empleado público no logra regular las situaciones sometidas a su aplicación, recalcando que la jurisprudencia constitucional tiene el deber institucional por vía de revisión, responder a los vacíos generados en el contexto del tipo de retiro, asociando e interpretando las situaciones cuando se está en presencia de servidores públicos. Bajo este contexto, se ha verificado que a los posibles beneficiarios se les ha afectado su mínimo vital, vulnerando en alguna medida alguno de los derechos fundamentales de estas personas.

Palabras clave: retiro forzoso, derechos, vulnerabilidad, acceso a la pensión, servicios público, mínimo vital.

Abstract

The general objective of the article presented; To characterize the process of forced retirement in Colombia in the face of the fundamental right to the minimum vital, methodologically it was oriented to the type of research of descriptive, documentary type, under the qualitative method, using the bibliographic review as a data collection technique, highlighting the relevant information with the recording technique. The results were analyzed under the hermeneutical process and highlighted the information contextualizing the content analysis. It is evident that the norm that regulates the forced retirement of public employees fails to regulate the situations submitted to its application, emphasizing that constitutional jurisprudence has institutional duty, by way of review, to respond to the gaps generated in the context of the type of retirement, associating and interpreting the situations when in the presence of public servants. In this context, it has been verified that the potential beneficiaries have been affected by their minimum subsistence, violating to some extent some of the fundamental rights of these people.

Keywords: forced retirement, rights, vulnerability, access to pension, public services, minimum living.

¹ Artículo de reflexión resultado de la investigación de la Especialización en Derecho Laboral y Seguridad Social (período 2024-02), adscrita a la línea de investigación institucional “Educación, derecho, cultura y sociedad” y a la línea de la facultad de “Derecho, Estado, cultura y sociedad”, del grupo de investigación INCOM. Docente Asesor: Sonia Durán.

² Abogado. Magister en Derecho Laboral y Seguridad social -miguele-palencial@unilibre.edu.co

INTRODUCCIÓN

La seguridad social es un derecho fundamental que ha evolucionado con los diferentes tratados internacionales adoptados por Colombia, dentro de los cuales se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que describe que todo Estado parte debe reconocer el derecho a la seguridad social de todo individuo. La Corte Constitucional ha evolucionado en sus posturas, dado que, reconoce que la seguridad social es un derecho fundamental irrenunciable de carácter público, que mantiene una estrecha relación con la dignidad humana. (Botero, Castaño; Jurado y Garzón 2019).

En consideración de lo estipulado, en la Ley 1821 de 2016, que refiere que la regulación de la edad máxima de retiro forzoso para personas que desempeñan funciones públicas, una vez cumplidos los 70 años, indica que se causará el retiro inmediato sin posibilidad de reintegro. Si bien se ha declarado la constitucionalidad de distintas disposiciones que han fijado la edad de retiro forzoso, la aplicación de esta causal debe ser razonable cuando se está en presencia de trabajadores públicos que pueden ser afectados en su mínimo vital por su misma condición física o condiciones de su entorno socioeconómico; ya que su implementación no puede efectuarse de forma automática, y siempre debe consultar a la situación particular del servidor público en dicha circunstancia, con el fin de evitar una afectación a sus derechos, ya sea porque pertenezca a un grupo de protección constitucional o las circunstancias descritas anteriormente.

Bajo este contexto, se plantea una revisión de los procedimientos que han intervenido en cuestionamientos del retiro forzoso y del mínimo vital; bajo parámetros normativos que estipulan el sostenimiento de los derechos esenciales de un trabajador público. Teniendo en cuenta que los empleos públicos en Colombia no son cargos que se ejercen indefinidamente, y las causales del retiro de estos son distintas, tales como, cumplimiento del periodo fijo, la muerte del funcionario, faltas disciplinarias que derivan en destitución, o por cumplimiento de la edad de retiro forzoso, siendo esta última, el objeto de estudio de esta investigación.

De acuerdo con lo expresado, la definición de Retiro Forzoso indica que los funcionarios cobijados por esta nueva regla pueden permanecer en el servicio público hasta cumplir los 70 años y siendo anteriormente desvinculados mediante acto ejecutivo pueden solicitar ser reenganchados nuevamente hasta cumplir la nueva edad de retiro forzoso, es decir, hasta los 70 años.

Por esta razón, existen casos en los cuales se vulnera el derecho fundamental del mínimo

vital , cuando el empleado público ha llegado a la edad de 70 años y no ha cumplido el total de cotizaciones del SS, por lo que se ha determinado que los requisitos que deben comprobarse para acreditar la vulneración del Mínimo Vital se puede resumir en que el salario o mesada sea el ingreso exclusivo del trabajador o pensionado o existiendo ingresos adicionales sean insuficientes para la cobertura de sus necesidad.

Por regla general se presume que siendo el salario el único ingreso y medio de subsistencia, se entenderá que la ausencia de este pone en riesgo la existencia del mínimo vital tanto del trabajador como de su núcleo familiar. Por ello, es importante conocer la forma de aplicar la legalidad de la edad de retiro forzoso consagrada en la ley colombiana; y su interpretación en el escenario jurídico jurisprudencial.

Es de advertir que existe una problemática de algunos trabajadores públicos cuando se aplica la causal de retiro forzoso por cumplimiento de la edad señalada en ley, y esta quebranta su derecho fundamental al mínimo vital, y concretamente cuando el sistema de seguridad social no ha reconocido su derecho pensional, es decir, no es beneficiario de una mesada o la indemnización que se le otorga es insuficiente para el desarrollo de su vida digna en sociedad.

En este orden de ideas, es importante tener en claro que si la aplicación de la edad de retiro forzoso como causal de terminación del vínculo laboral del servicio, se aplica conforme a la rigurosidad de la ley de forma automática o se encuentra limitada por el derecho fundamental del mínimo vital del servidor que pretende ser desvinculado.

Por lo consiguiente, la presente propuesta de investigación plantea un debate de carácter reflexivo, como consecuencia del estudio de la figura del retiro forzoso, que nos indique como determinar si no se encuentra vulnerado el derecho fundamental del mínimo vital, siendo este el objeto de estudio e identificar jurídicamente la forma correcta de aplicabilidad de la figura, teniendo como antecedentes el desarrollo normativo y jurisprudencial sobre la materia.

En este sentido, la interpretación equivocada de que el cumplimiento de la edad de retiro forzoso activa automáticamente el retiro del servidor público, es errónea, por cuanto se dan casos en que forzar la salida del trabajador por el solo hecho de haber cumplido esa edad puede implicar la violación de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social. La ley provoca esa creencia en el intérprete u operador de la norma, si éste no se suelta del texto y levanta la mirada hacia esas otras dimensiones que enriquecen el conocimiento como son la doctrina y la jurisprudencia.

A tal efecto, el Decreto-Ley 2400 de 1968, que reguló la edad de retiro de los empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público, señala en su art. 31 lo siguiente: “Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años, será retirado del servicio y no será reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de edad, se harán acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo con lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos. Exceptúense de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2 del artículo 29 de este decreto” ...Y el art. 41 de la ley 909 de 2004 expresa: “Causales de retiro del servicio.

Bajo este contexto, el retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos “Por edad de retiro forzoso”. Ahora bien, la situación que se presenta cuando el trabajador alcanza la edad de retiro forzoso y le ha sido reconocido el derecho a la pensión de vejez no ofrece mayores dificultades, por cuanto en esa eventualidad el funcionario ya tiene asegurado su mínimo vital.

El problema se torna crítico cuando al mismo no le ha sido reconocida la pensión por mora de parte del fondo, o le falta poco tiempo de servicios para completar el requerido para el acceso a la pensión, o su situación de salud es de tal magnitud que la suspensión del tratamiento que traería consigo la desafiliación del sistema general de salud como consecuencia del retiro le podría significar un riesgo inminente para su vida.

Pues bien, recientemente la Corte Constitucional se ocupó del caso de un trabajador que por haber llegado a los 65 años fue retirado del servicio oficial, faltándole 139 semanas para obtener su pensión. Tomando en cuenta su avanzada edad y el hecho de que al perder el empleo perdió también su única fuente ingresos, el trabajador acudió a la acción de tutela en procura de que la justicia constitucional ordenara su reintegro al cargo y asegurara su permanencia en éste hasta reunir las 1300 semanas requeridas para el otorgamiento de la pensión.

La entidad demandada (el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación) se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, aduciendo que el retiro del accionante se había realizado con apego a la ley. Los jueces de las instancias negaron el amparo solicitado por el trabajador, tras considerar que no era procedente porque el accionante contaba con otros mecanismos de defensa igualmente idóneos.

La Corte Constitucional seleccionó la sentencia del juez de segunda instancia para su

revisión. Al estudiar el caso, la Corte hizo la siguiente precisión al respecto: ... «La Sala considera que la decisión de desvincular del servicio a una persona por el hecho de cumplir la edad de retiro forzoso sin evaluar la situación particular de la persona puede apartarse de parámetros de razonabilidad si previamente no se evaluó la situación particular de la persona y el impacto del retiro en su mínimo vital.

Con base en lo anterior, la Corte concederá el amparo del derecho fundamental al mínimo vital y, en consecuencia, ordenará el reintegro del accionante en el mismo cargo o uno similar hasta que cumpla las semanas requeridas para obtener la pensión de vejez y se produzca su inclusión en nómina de la pensión.

Ahora bien, esta regla no impide la desvinculación del trabajador si se configura otro tipo de causal que lo justifique asociada, por ejemplo, al incumplimiento de sus obligaciones.» (Ver Sentencia T-360/17 del 30 de mayo M.P. Dr. Alejandro Linares Cantillo). Todas estas sentencias atendieron la necesidad de proteger el mínimo vital de los accionantes. Como contraposición no ocurrió lo mismo en la sentencia t-154 de 2012 donde al peticionario no se le tutelaron sus derechos fundamentales porque no se probó el perjuicio irremediable que sufriría. Sin embargo, en sentencia t-294 de 2013 la corte analizo el retiro forzoso de una persona que encuadra en el concepto de trabajador publico discapacitado, donde los Juzgados de instancia entraron en evidente contradicción, y la corte ordeno el reintegro del servidor no solo por protección del mínimo vital, agregándole elementos tales como la inclusión educativa, la protección a personas en estado de discapacidad entre otros.

“Ahora bien, tal como fue planteado en los objetivos, es preciso corroborar si, con la entrada en vigor de la Ley 1821 de 2016, se derogaron las disposiciones jurídicas que regulan el denominado reten social en materia de pre pensionados. Para tal efecto, y para el propósito de este trabajo, es necesario, si o si, verificar el contenido integral de la Ley 1821 de 30 de diciembre de 2016 “Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñen funciones públicas” (Congreso de la República, 2016).

Así las cosas, al realizar una lectura literal del artículo 1 modificado por el Decreto 321 de 2017 se observa que, el mandato del legislador fue establecer que, la edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años y que, cumplida esta edad, se dará lugar al retiro inmediato del cargo desempeñado, sin que el funcionario pueda ser reintegrado en ninguna circunstancia.

En otras palabras, la ley misma remplazó tanto la voluntad del empleador, como la voluntad del empleado, para los efectos del retiro, el cual, vale la pena recordar, debe ser expreso, voluntario y libre, cuando emanada del servidor, o precedido de una justa causa probada cuando emana del empleador y, por supuesto, no estar prevalido de algunos de los fueros de estabilidad laboral reconocidos por la ley, el cual, de existir debe ser levantado o agotado el trámite respectivo para, luego sí, proceder con el retiro del servidor.” (Castro Camargo, Rodríguez Chaparro. 2022).

En este orden de ideas, la Constitución Política de Colombia en su Artículo 53, indica la siguiente forma. 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.

Frente a este argumento, se puede asegurar que el gobierno debe avalar el derecho a las retribuciones oportunas basándose en un reajuste secuencial de las prestaciones de ley. Igualmente, los pactos internacionales del trabajador deben estar consolidados como un componente interno, cuyos acuerdos no pueden suprimir la libertad, el decoro humano, ni mucho menos los derechos de los colaboradores pertenecientes a una organización en particular.

Desde tales preceptos y presupuestos constitucionales, se ha generado la garantía del Estado en cuanto al amparo de la libertad y la decencia condesciende de todos los ciudadanos del territorio colombiano. Lo anterior, sin dejar a un lado que la retribución por el trabajo no debe

vulnerar el mínimo para subsistir, ni mucho menos lo relacionado a la seguridad social del trabajador.

La importancia del derecho al mínimo vital y móvil se debe mirar desde varios puntos, entre ellos, se desprende a: (i) como puede ser invocado; (II) la legislación para la protección que recae sobre este; (III) los precedentes constitucionales y (iv) el alcance del mismo derecho, ya que debe ser advertido al momento de proponer una reforma, o una nueva ley en el entorno laboral. (Gómez Chaparro, Mendivelso Gómez.2022).

Indudablemente, que esta tipología de retiro, donde se indica el cese de servicio para los trabajadores en organizaciones públicas es de máximo 70 años, los cuales una vez retirados no pueden ser reintegrados, según lo establecido en la normativa que le sustenta, destacando la norma que esta es de estricto cumplimiento, en virtud de ello, se ha considerado que esta situación afecta el derecho fundamental y el mínimo vital.

Atendiendo a estas consideraciones el propósito general del artículo se orienta a caracterizar el proceso de retiro forzoso en Colombia ante el derecho fundamental al mínimo vital.

Caracterización Teórica del Proceso Estabilidad Laboral

Para Arias, (2019), la estabilidad laboral de los empleados públicos que han llegado a la edad de retiro forzoso sin obtener un derecho pensional resulta importante resaltar que, a modo de antecedente normativo, la causal de desvinculación del empleado público relativa a la edad, conocida propiamente como desvinculación “por edad de retiro forzoso”, fue prevista en los Decretos Ley 2400 de 1968, 3074 de 1968, y en los Decretos 1950 de 1973, 3047 de 1989 y 1069 de 2015. En concordancia con lo antedicho, la precitada causal de retiro forzoso por edad fue igualmente consagrada en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, norma que, entre otros tópicos, regula la carrera administrativa y el empleo público.

En las normas precitadas, salvo en la Ley 909 de 2004, se estableció de manera expresa la edad de 65 años, como el límite temporal permitido a un empleado público para prestar su servicio personal a favor de las toldas burocráticas del Estado. Es de anotar que, hoy dicha edad fue extendida a 70 años mediante la Ley 1821 del 30 de diciembre de 2016. Pese a que el tiempo aumentó, para concepto de este autor, ello en nada incide respecto de la postura jurisprudencial instituida antes de proferirse dicha norma, teniendo en cuenta que, como se corrobora con este trabajo de investigación, esta forma de retiro no podrá predicarse automática

sin previa consideración de la situación fáctica particular del empleado que llegue a esa edad, en aras de no afectar sus derechos fundamentales.

La salvaguarda de derechos fundamentales es lo que llevó a la Corte Constitucional a establecer una sólida postura jurisprudencial que procura proteger al empleado público que llegue a la edad de retiro forzoso sin cumplir los requisitos exigidos por ley para obtener una pensión de jubilación o vejez. Cabe subrayar que, toda esa jurisprudencia tiene su fuente en la acción de tutela, que como en principio se dijo, es el remedio judicial más utilizado, efectivo y común en la praxis judicial, para procurar la protección de la estabilidad laboral de los empleados públicos que se encuentren en el estado antes referenciado, y de esa forma asegurarles la congrua subsistencia durante los años posteriores a la vida laboral.

Retiro forzoso

Es la decisión de la administración Pública de dar por terminada la relación laboral con el servidor público que cumple los 70 años. Lo anterior, sin desconocer las decisiones de exequibilidad de que ha sido objeto la Ley 1821 de 2016.

No se pretende discutir el denominado espíritu de la ley, que quizás se buscó con esta causal de retiro, la cual es generar movilidad en el ingreso o ascenso a los cargos públicos, materializar el principio de igualdad de oportunidades de ingreso al sector oficial, y quizá, propender porque la función pública sea atendida por servidores que se encuentren en el pleno uso de su vitalidad, que les permita ser más eficientes y en últimas cumplir los fines y principios fundantes de la Constitución Política de Colombia, entre estos últimos, el respeto a la dignidad humana. Conceptualizado de esta forma por Castro y Rodríguez (2022).

Derecho fundamental al mínimo vital

“El derecho al mínimo vital o subsistencia es un derecho fundamental que, si bien no está consagrado expresamente en la Constitución Política de 1991, se desprende de la aplicación de tratados internacionales y de derechos como la vida, la dignidad, la igualdad, la salud, el trabajo y la seguridad social. Su importancia, tiene que ver con la garantía de unas condiciones materiales mínimas, sin las cuales las personas no pueden asegurar autónomamente su subsistencia”.

Podría catalogarse, además, como un derecho de creación jurisprudencial que ha servido

como herramienta de interpretación a los jueces para fundamentar los derechos económicos, sociales y culturales y que se ha enfocado primordialmente a la protección de condiciones mínimas de subsistencia. En este sentido, la Corte Constitucional, en diversos pronunciamientos ha ordenado al Estado, entre otras, reconocer prestaciones positivas a favor de personas de la tercera edad, de trabajadores con incapacidades, de mujeres trabajadoras embarazadas, de trabajadores, pensionados o de secuestrados, y en temas como el derecho a reconocer una pensión o el cumplimiento en el pago de mesadas, salarios, prestaciones, cesantías, incapacidades por enfermedad general, entre otros.

No obstante, se considera que asociar el derecho al mínimo vital generalmente con la protección del salario, la mesada pensional o el pago de acreencias laborales, como se observa en la jurisprudencia, deja de lado un aspecto clave: el mínimo vital es un derecho humano.

Aspecto que conlleva a la universalidad de este derecho, esto es, que su goce y disfrute no es solo para los que trabajan. Por tanto, el Estado como primer obligado para la garantía de los derechos humanos, debe generar condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de las personas, que supone aspectos fundamentales como la alimentación, la salud, la vivienda, la educación y un ingreso mínimo de subsistencia en caso de pobreza extrema.

La doctrina internacional, considera que existe un contenido esencial de los derechos sociales y económicos, el cual, se materializa en derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico de un país. Pero este es un tema pendiente en Colombia, porque si bien hay una interpretación constitucional que reconoce la fundamentabilidad del mínimo vital, en la práctica su aplicación es reducida y no se vislumbra una verdadera interpretación en pos de la creación de estrategias o políticas encausadas al pago de prestaciones por parte del Estado⁴ dirigidas a los ciudadanos sin ingresos y con necesidades apremiantes de subsistencia. Apuesta que, sin lugar a duda, permitiría, por un lado, afrontar las necesidades vitales de los individuos y por otra, combatir la desigualdad, el incremento de la pobreza y la desprotección en el desempleo.

En este sentido, el derecho fundamental de subsistencia o mínimo vital es un derecho humano que posibilita la existencia de sociedades más igualitarias y equitativas, condición para la concreción de un verdadero Estado Social de Derecho, como el que pretende tenerse en Colombia.” Esta es la conclusión que pudieron llegar Duque, et al (2019), en su artículo Sobre el derecho fundamental al mínimo vital o a la subsistencia: análisis jurisprudencial.

Marco jurídico

Constitución de la república (1991) El estudio se sustenta en la Constitución Política colombiana (1991), donde se refieren los derechos fundamentales, consagrados en los artículos 1 y 2.

Ley N° 909. (2004). Por el cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y gerencia pública. Diario Oficial N° 45.680 de la República de Colombia, Bogotá

D. C., Colombia, 23 de septiembre de 2004. En esta Ley se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, siendo los empleados públicos los sujetos a quienes se les aplica el retiro forzoso y pueden sufrir detrimento de su mínimo vital.

Ley N° 1821. (2016). Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas. Diario Oficial de la República de Colombia, Bogotá D. C., Colombia, 30 de diciembre de 2016. Esta ley es la que estipula la edad del retiro forzoso en 70 años, siendo este nuestro objeto de estudio base.

Decreto 321 de 2017 corrección de la Ley N° 1821. (2016). realiza una modificación en los primeros artículos de la Ley N° 1821, la cual es nuestro objeto de estudio ya que la misma es la reguladora del Retiro Forzoso.

Decreto N° 1083. (2015). Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública. Presidencia de la República. Diario Oficial de la República de Colombia, Bogotá D. C., Colombia, 26 de mayo de 2015. Siendo este decreto el que regula todo lo concerniente a los empleados públicos y el objeto de estudio es el retiro forzoso, que solo está establecido para los empleados públicos.

Concepto 2466 de 2021 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Hace referencia a la edad de retiro forzoso. Aplicación de la Ley 1821 de 2016 a los trabajadores del Banco de la República señalados en el literal b) del artículo 38 de la Ley 31 de 1992.

METODOLOGÍA

La investigación ejecutada se presenta como un estudio de tipo descriptivo documental, Asimismo, para la realización de esta investigación he utilizado un método crítico-analítico,

haciendo énfasis en la investigación cualitativa.

Se consideró un proceso que argumenta los análisis realizados al objeto jurídico de estudio, tal y como se concibe el retiro forzoso siendo, destacando que se refiere a los grupos que han llegado a la edad máxima permitida para laborar en el ámbito público, sin haber logrado el reconocimiento de una pensión de jubilación o de vejez a causa de no alcanzar los requisitos dispuestos para el efecto. Viéndose así afectado el derecho fundamental al Mínimo Vital. Además, porque se armonizó la argumentación teórica con estrategias de investigación, en la medida que se hizo una revisión la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

El estudio estuvo dirigido a la población con edad límite para la pensión en el sector público, y la recolección de información desde una perspectiva bibliográfica, utilizando la técnica del fichaje y el resumen. Posteriormente se analizó la información bajo la hermenéutica jurídica, generando análisis de contenido.

RESULTADOS

Entrar en discusión respecto a la interpretación de la Ley de forma estricta y exclusiva, se observa una posición opuesta a la establecida en la Ley con los Derechos Fundamentales, dicho es el caso del Retiro Forzoso de los Empleados Públicos en el país, en virtud de que la Ley 1821 del 2016, considera como edad máxima del empleado los 70 años, de forma inmediata, para su desincorporación al empleo, in comento que no toma cuenta el perjuicio que se puede ocasionar al mismo con dicha desincorporación, además, no se considera si el empleado tenga cumplidas las semanas necesarias para tener derecho al otorgamiento a su Pensión por vejez, por lo cual se abre la puerta a la posibilidad de violentar el Derecho Fundamental al Mínimo Vital de dicho empleado. Bajo este contexto, se debe encontrar el equilibrio justo entre la Ley 1821 y el Derecho Fundamental consagrado en la Constitución Política, lo cual tomado a pie de la letra la Ley, se puede llegar a restringir el Derecho al Mínimo Vital del empleado Público, por otra parte, hay que observar que verdaderamente perjudique el mínimo vital, es decir que no posea otro ingreso y sin la Pensión no tenga forma de sobrevivir.

Encontrando casos estudiados y sentenciados por la Corte Suprema que dan la reflexibilidad necesaria para algunos casos de la aplicación de la Ley de Retiro Forzoso cuando vulnera el

derecho al mínimo vital, siendo la comprensión del autor, la forma de aplicar la Ley, de forma flexible y reflexiva.

Es así como, no queda otra vía jurídica que el Estado reconozca el fuero de estabilidad laboral reforzada que impide automáticamente la materialización del retiro forzoso en detrimento al derecho a la pensión y por ende al derecho del mínimo vital del Empleado Público. Dado que definitivamente lo que prevalece en la normativa y el accionar de las organizaciones públicas, es una noción sin fundamentación absoluta al derecho pensional, lo cual sugiere el reconocimiento y pago del concepto económico, referido a la seguridad social requerida. Lo expresado se ha presentado en Colombia a razón de las desvinculaciones realizadas sustentadas en la ley, sin analizar el impacto y efecto que este generaría, cuando el retiro se establece el pago de un salario, que indudablemente se alinea a la desmejora económica y social del servidor.

En cuanto a los resultados expresados, se han encontrado varias vertientes lo cual hace determinar cuál era la verdadera Luz de la Ley 1821 del 2016, cuando fue promulgada, el pensar que ya 70 años era una edad verdaderamente razonable para que una persona se retire y disfrute los últimos años de su vida y por otro lado no se recapacitó en la posibilidad de dejar desasistidos a dichos empleados por no tener el derecho a pensión de vejez o jubilación.

En este orden de ideas, se observa en los artículos 1,2 y 3 de la Ley 1821 del 2016: “ARTÍCULO 1°. (Corregido por el Decreto 321 de 2017, art. 1), a 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 en ninguna circunstancia. (Sentencia 2018-01750 de 2019 Consejo de Estado).

Lo aquí dispuesto no se aplicará a los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el artículo 1° del Decreto-ley 3074 de 1968. Ver Concepto del Consejo de Estado 2405 de 2019 (Declarado EXEQUIBLE mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-426 de 2020)

En este contexto, Chaparro y Mendivelso (2022), se refirieron al Mínimo Vital, como: “El concepto que se ha revisado frente a las condiciones del mínimo vital no se basa solo en una garantía reglamentaria del Estado, que solo se fundamenta en una asistencia financiera para las personas o colectividades menos favorecidas, o simplemente en aquellos que se encuentran en una vulnerabilidad constante. Contrario de ello, se resalta como un principio constitucional para promover el respeto y el amparo de todos los derechos esenciales, que son promovidos

por el acuerdo internacional de los Derechos Humanos emitidos por las Naciones Unidas y las cuales se acoplaron en la Constitución Política de 1991, bajo una sincronía procesal que siempre trata de salvaguardarse.”

Es así como, se pone de manifiesto que el estado, por sí solo no tiene por qué ser el garante de los derechos fundamentales para mantener un estatus vitae óptimo de la persona, siendo esta la contraposición al Retiro Forzoso, sin ir más en contra versión si se aplica la Ley 1821 al pie de la Letra de la Ley, se culmina la relación laboral del Estado con el empleado a los 70 años y si nos vamos a la Constitución Política de 1991, deben promoverse los derechos fundamentales y esenciales dentro del que se encuentra El Mínimo Vital.

Se evidencia en la Jurisprudencia de La Corte Suprema, varios casos que deben ser estudiados de manera individual para así poder encontrar la verdad del estudio, y aplicabilidad de la Ley, por ejemplo (Sentencia 2018-01750 de 2019 Consejo de Estado) “MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL ACTO DE RETIRO DEL SERVICIO POR EDAD DE RETIRO FORZOSO – Improcedencia / PENSIÓN DE VEJEZ-Requisitos / MINÍMO VITAL-Garantía, “El demandante no cumple los requisitos de orden legal previstos para suspender los efectos de los actos acusados, pues, del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, no puede acreditarse que al demandante le falten semanas de cotización que conlleven al reintegro del señor Montoya Chavarriaga al cargo del que fue retirado por cumplir la edad de retiro forzoso para efectos de garantizar su mínimo vital, pues lo cierto es que según se observó en precedencia, al parecer, sí cumpliría con el tiempo de servicio para acceder a la pensión de vejez”.

Indudablemente, que a la luz de las situaciones presentadas ante las altas cortes, se determina una serie de situaciones ambiguas, que de diferentes maneras ha ido demostrando, la afectación que se le hace al servidor público, en función de atentar contra el derecho al mínimo vital, por lo cual en su mayoría prefieren seguir laborando para no perder su calidad de vida.

CONCLUSIONES

La norma que regula el retiro forzoso del empleado público, por sí sola, no alcanza a regular óptimamente las situaciones sometidas a su aplicación, concretamente, cuando se vulnera el derecho fundamental al mínimo vital del servidor público, de suerte que, la jurisprudencia constitucional tiene el deber institucional por vía de revisión, establecer precedente

jurisprudencial al operador judicial y a los profesionales del derecho para interpretar y aplicar correctamente la causal de retiro, para que no se genere vulneración alguna de los derechos fundamentales de estas personas.

En consecuencia, los empleados públicos, que se encuentran dentro del retiro forzoso por llegar a los 70 años, que es la edad máxima permitida en el servicio público para laborar en Colombia como regla general, al ser desvinculados de la administración, puede afectarse su mínimo vital, situación muy divergente entre la jurisprudencia y la legislación vigente, lo que conlleva a falta de claridad, seguridad jurídica y argumentativa para la protección de este derecho fundamental de estos trabajadores.

Por consiguiente, surge la necesidad de impetrar tutelas, acciones y recursos, fundados o basados en la estabilidad laboral por mínimo vital del empleado público, para proteger este derecho y evitar una errónea aplicación de la ley de retiro.

Se concluye de igual manera, que la interpretación equivocada de que el cumplimiento de la edad de retiro forzoso activa automáticamente la jubilación del servidor público, es errónea, por cuando se dan casos en que forzar la salida del trabajador por el solo hecho de haber cumplido esa edad puede implicar la violación de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social. La ley provoca esa creencia en el intérprete u operador de la norma, si este no se suelta del texto y levanta la mirada hacia esas otras dimensiones que enriquecen el conocimiento como son la doctrina y la jurisprudencia.

Por otro lado, se reitera, el retiro del servicio de los empleados públicos aparece como una facultad reglada en las normas del empleo público que, cuando se da alguna de las hipótesis legales que lo hacen procedente, facultan al nominador para ejercer sus atribuciones legales, persiguiendo, ante todo, razones del servicio: su mejora, renovación, eficiencia y moralidad, entre otras. Conocer el concepto, alcance, la regulación y desarrollo jurisprudencial de esta trascendental atribución para el servicio público, resulta indispensable para la debida aplicación del derecho, del ejercicio de las atribuciones públicas por parte de la administración y para la prevención del daño antijurídico que se puede causar al funcionario.

Por último, la visión de Estado Social de Derecho, nos indica, que este debe ser el garante del cumplimiento y protección de los derechos fundamentales y laborales del empleado público, cuando se está en presencia de la aplicación del Retiro forzoso, para que se concreten los derechos pensionales del empleado, pero su no concretización, impiden el goce del mínimo

vital a los sujetos de especial protección constitucional como los adultos mayores, empleados públicos en edad para su retiro, porque no pueden acceder plenamente a sus derechos por no cumplir con las semanas necesarias para la jubilación. Por ello la aplicación de la norma de retiro debe lograr una verdadera estabilidad de los empleados públicos que se encuentran próximos a tener un retiro forzoso y no cumplen el requisito para acceder a la pensión, y en este sentido debe ser siempre aplicada, ya sea de forma judicial o administrativa, en pro de no vulnerar el Mínimo Vital.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arias Fonseca J. L; La estabilidad laboral de los empleados públicos que llegan a la edad de retiro forzoso sin obtener un derecho pensional, *Revista Vis Iuris* 5 (10): pp.150-187. Julio - diciembre, 2018 (2019).
- Botero, J. A; Cataño, C. A; Jurado, L. V; Garzón, R. (2019); Reforma pensional: un análisis desde los derechos fundamentales y el principio de sostenibilidad financiera. *Revista Nuevo Derecho* 15(25): 34.
- Castro Camargo I.A, Rodríguez Chaparro R.; Vulneración del derecho de la pensión de vejez de servidores públicos en condición de pre pensionados, por causa del retiro forzoso establecido en la ley 1821 de 2016. Universidad Libre Seccional. Bogotá 2022.
- Concepto 2466 de 2021 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.
- Decreto 321 de 2017 corrección de la Ley N.º 1821. (2016).
- Constitución Política colombiana (1991). Asamblea Nacional Constituyente, Bogotá D. C., Colombia, 6 de julio de 1991.
- Decreto N.º 1083. (2015). Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública. Presidencia de la República. Diario Oficial de la República de Colombia, Bogotá D. C., Colombia, 26 de mayo de 2015.
- Duque Quintero S.P, Duque Quintero M; González Sánchez P. Sobre el derecho fundamental al mínimo vital o a la subsistencia: análisis jurisprudencial *Encuentros*, vol. 17, núm. 01, 2019, junio, pp. 80-95 Universidad Autónoma del Caribe Colombia.

- 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*.
- Gómez Chaparro P.K, Mendivelso Gómez N.L; el estado como garante protector al derecho del mínimo vital y móvil, Maestría en Derecho Administrativo Universidad La Gran Colombia Bogotá D.C 202
- Ley N. ^a 909. (2004). Por el cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y gerencia pública. Diario Oficial N.º 45.680 de la República de Colombia, Bogotá D. C., Colombia, 23 de septiembre de 2004.
- Ley N. ^a 1821. (2016). Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas. Diario Oficial de la República de Colombia, Bogotá D. C., Colombia, 30 de diciembre de 2016.
- Sentencia 2018-01750 de 2019 Consejo de Estado Medida cautelar de suspensión provisional del acto de retiro del servicio por edad de retiro forzoso – Improcedencia / pensión de vejez- Requisitos / Mínimo vital-Garantía.
- Sentencia T-643. (2015). Corte Constitucional de la República de Colombia. Sala tercera de revisión. (Exp. T-4.963.569). M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, 9 de octubre de 2015
- Sentencia 2017-00032 de 2020 Consejo de Estado Fijación de la edad de retiro forzoso de los notarios - Competencia / Cosa Juzgada.
- Sentencia T-413 (2019). Corte Constitucional de la República de Colombia. (Exp T-7.312.311). M. P. Cristina Pardo Schlesinger, 05 de septiembre de 2019.