

SUBSISTENCIA DIGNA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN COLOMBIA A TRAVÉS DE LA PENSIÓN POR RETIRO DE VEJEZ

Carlos Mario de la Espriella Oyola¹

Resumen

Al Estado Social de Derecho, le compete la protección de las personas en situación de vulnerabilidad, entre éstos a los adultos mayores. Sin embargo la situación de estas personas que en el pasado fueron empleados públicos no es nada halagadora, frente a los problemas pensionales que enfrentan. Por ello el presente se planteó como propósito el análisis del derecho a la pensión de retiro por vejez de los empleados públicos en Colombia, a partir del tratamiento jurisprudencial que nuestro sistema jurídico le ha dado desde el año 1991, logrando concluir que los empleados públicos, no perderán el derecho a la pensión de retiro por vejez, por el mero hecho de estar vinculado al sistema pensional con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues la afiliación previa a esa norma no es requisito para ser beneficiario del régimen de transición que ella misma contiene y que por no ser de naturaleza pública, la pensión de vejez que se obtenga con arreglo a la Ley 100 de 1993, no es incompatible con la pensión de retiro por vejez, por lo que jurídicamente es posible que un empleado público disfrute de las dos pensiones.

Palabras Clave: Pensión de retiro por vejez, empleados públicos, derechos fundamentales, adultos mayores, carrera administrativa, retiro forzoso.

Abstract

The Social Rule of Law is responsible for the protection of vulnerable people, including the elderly. However, the situation of these people who in the past were public employees is not at all flattering in the face of the pension problems they face. For this reason, the purpose of this paper is to analyze the right to an old-age retirement pension of public employees in Colombia, based on the jurisprudential treatment that our legal system has given it since 1991, concluding that public employees will not lose the right to an old-age retirement pension simply because they are linked to the pension system

¹ Abogado. Especialista en Derecho Administrativo y Derecho Procesal Civil de la Corporación Universitaria del Caribe, CECAR. Magister en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Docente investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe, CECAR. Miembro del grupo de investigación GISCER - CECAR. E mail: carlos.delaespriella@cecar.edu.co

after the entry into force of Law 100 of 1993, since prior affiliation to that rule is not a condition for being a beneficiary of the transitional regime which it contains and which, because it is not public in nature, the old-age pension obtained under Law 100 of 1993 is not incompatible with the old-age retirement pension, so that it is legally possible for a public employee to enjoy both pensions

Keywords: Old age pension, government employees, fundamental rights, seniors, administrative career, forced retirement.

Un problema social y jurídico relacionado directamente con la dignidad de las personas adultos mayores, el derecho laboral y las funciones del Estado, tiene que ver con los funcionarios y empleados públicos que fueron retirados por haber llegado a la edad de retiro forzoso.

Esta población no recibe mesada pensional alguna, pues a la fecha de sus desvinculaciones, no alcanzaron a cotizar el mínimo de semanas exigidas por la ley para adquirir el derecho a la pensión de vejez, por una parte, y por la otra, al tener sus fuerzas de trabajo debilitadas por la edad, no ejercen ningún tipo de actividad laboral y lo poco que recibieron de sus fondos de pensiones por concepto de indemnización sustitutiva de pensión de vejez, se les agotó, con lo cual entran en un umbral de desprotección que riñe con los postulados del Estado social de Derecho.

Antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, los Decretos 2400 y 3135 de 1968, se convirtieron en la alternativa de subsistencia digna de esta población, al establecer una pensión especial, llamada pensión de retiro por vejez, a favor de aquellos empleados públicos que habiendo cumplido la edad de retiro forzoso no reunían el tiempo mínimo de cotización para tener derecho a la pensión de jubilación o invalidez.

Actualmente, algunos Fondos de Pensiones Estatales, niegan el derecho a la pensión de retiro por vejez a los empleados públicos, argumentando que dicha figura desapareció con el nuevo Sistema de Seguridad Social Integral, por cuanto los Decretos 2400 y 3135 de 1968, fueron tácitamente derogados por el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, que con-

sagró la figura de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez para los afiliados que cumpliendo la edad, sin las semanas mínimas requeridas para adquirir el derecho pensional, declaren su imposibilidad de seguir cotizando al sistema. Esta posición la observamos en los argumentos de defensa alegados por los fondos pensionales estatales resumidos en las sentencias mediante las cuales el Consejo de Estado les ha ordenado reconocer el derecho a la pensión de retiro por vejez.

Contraria a la anterior posición, la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional en los procesos de tutela y el Consejo de Estado Colombiano en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, considera que los Decretos 2400 y 3135 de 1968, no han sido derogados por la Ley 100 de 1993, frente aquellas personas que se encuentren amparados por el régimen de transición.

En ese contexto, este trabajo tiene como objeto analizar si la negación del derecho a la pensión de retiro por vejez por parte de los Fondos de Pensiones Estatales, guarda coherencia con los postulados del Estado Social de Derecho, en el contexto de la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado Colombiano a partir del año 1991.

1. Metodología

Se trata de una investigación jurídica, de tipo analítico, documental, y descriptiva, desarrollada a nivel dogmático, denominada La pensión de retiro por vejez en el ordenamiento jurídico Colombiano y su incidencia en la subsistencia digna de los ex – empleados públicos a partir de la Constitución Política de 1991, la cual busca efectuar un análisis del derecho a la pensión de retiro por vejez de los funcionarios y empleados públicos en Colombia, a partir del tratamiento jurisprudencial que nuestro sistema jurídico le ha dado desde el año 1991, para demostrar que la negación de este derecho por parte de los Fondos de Pensiones Estatales, es jurídicamente inválida frente a los postulados del Estado Social de Derecho.

Las técnicas de recolección de la información, se fundamentan en el análisis documental sobre información de carácter secundario que con-

sisten principalmente en la revisión de sentencias de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado Colombiano, información que se está recolectando a partir de matrices de datos y posteriormente analizada.

Para efectos de este trabajo metodológicamente la exposición se ha organizado de la siguiente manera: 1. Aproximación normativa y conceptual 2. El régimen de transición de la ley 100 de 1993, como fuente de preservación temporal de la pensión de retiro por vejez, 3. La jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional Colombiana y su función reanimadora de la pensión de retiro por vejez, por último se plantearán las conclusiones.

El trabajo girará en torno a la siguiente pregunta problema: ¿Son coherentes frente a los postulados del Estado Social de Derecho, las decisiones de los Fondos de Pensiones Estatales en torno de la negación del derecho a los ex servidores públicos a obtener una pensión de retiro por vejez, respecto a los lineamientos jurisprudenciales que sobre la materia ha sentado el Consejo de Estado y la Corte Constitucional Colombiana desde el año 1991?

2. Aproximación normativa y conceptual

En el derecho administrativo laboral colombiano, dentro de las diversas tipologías de servidores públicos, encontramos a los empleados públicos, “quienes actúan en función subordinada de simple ejecución o cumplimiento en el ejercicio técnico de labores administrativas” (Villegas, 2005, p. 57).

Debe decirse que para admitir que una persona desempeña un empleo público en su condición de empleado público - relación legal y reglamentaria propia del derecho administrativo- y se deriven los derechos que ellos tienen, es necesario la verificación de elementos propios de esta clase de relación como son: 1) La existencia del empleo en la planta de personal de la entidad, porque no es posible desempeñar un cargo que no existe (artículo 122 de la Constitución Política); 2) La determinación de las funciones propias del cargo (artículo 122 de la Constitución Política); y 3) La previsión de los recursos en el

presupuesto para el pago de gastos que demande el empleo; requisitos éstos sin los cuales no es posible hablar en términos de empleado público, a quien se le debe reconocer su salario y sus correspondientes prestaciones sociales. (Consejo de Estado, 2008, Radicación No 23001 23 31 000 2002 00244-01 (2152-06))

Una de las formas de provisión de los empleos públicos en Colombia, es el sistema de carrera administrativa. En esta modalidad existen empleados públicos nombrados en propiedad y en provisionalidad. Los primeros son los que obtienen su vinculación por la superación de un concurso público de méritos; *contrario sensu* los segundos, quienes se vinculan para ocupar estos cargos en forma temporal mientras se proveen en propiedad.

Por lo general, los empleados públicos nombrados en propiedad en cargos de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa que constituye una limitante al poder subordinante del nominador. Aunque no en el mismo nivel de aquellos, quienes ocupan en provisionalidad estos cargos, también son acreedores de algunas prerrogativas mínimas que restringen la discrecionalidad de la administración pública, como la facultad de exigir la motivación de los actos administrativos que declaran la insubsistencia de sus nombramientos. Al respecto, Rincón (2009), expresa que:

Al igual que ocurre en el derecho del trabajo, en el régimen jurídico laboral de los funcionarios públicos se protege el mantenimiento de la relación jurídica; constituyendo la conservación de la misma unos fines principales que se pretende conseguir por medio de la imposición de límites a las facultades unilaterales de desvinculación reconocidas a la autoridad administrativa como empleadora. (p.563).

Por esta razón, las causales de desvinculación del servicio de los empleados públicos en Colombia son taxativas. Dentro de las cuales encontramos el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, la cual se verifica cuando el empleado público haya cumplido setenta años de edad. En

efecto, el Artículo 41, literal G de la Ley 909 de 2004, establece: “causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre y nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: (...) g) por edad de retiro forzoso (...)”

La edad de retiro forzoso no la define el artículo 1 de la Ley 1821 de 2016, corregido por el artículo 1 del Decreto 321 de 2017, en los siguientes términos: “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. (...)”

En el marco de estas normas jurídicas, a algunos empleados públicos que cumplieron la edad de setenta (70) años, sus nominadores los han declarado insubsistente en el nombramiento por haber llegado a la edad de retiro forzoso. Sin embargo, como atrás se anotó, a la fecha de sus desvinculaciones no habían cotizado el periodo mínimo de semanas exigidas para adquirir el derecho a la pensión de vejez.

Antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, el artículo 29 del Decreto 3135 de 1968, se convirtió en el paliativo de estas personas que fueron empleados públicos, al establecer una pensión especial a favor de aquellos que habiendo cumplido la edad de retiro forzoso no reunían los requisitos necesarios para tener derecho a la pensión de jubilación o invalidez, siempre que carecieran de los recursos necesarios para su congrua subsistencia. El tenor literal de esta norma dice:

Artículo 29. Pensión de Retiro por Vejez. A partir de la vigencia del presente Decreto, el empleado público o trabajador oficial que sea retirado del servicio por haber cumplido la edad de 65 años y no reúna los requisitos necesarios para tener derecho a pensión de jubilación o invalidez, tendrá derecho a una pensión de retiro por vejez, pagadera por la respectiva entidad de previsión equivalente al veinte por ciento (20%) de su último sueldo devengado, y un dos por ciento (2%) más por cada año de servicios, siempre que carezca de recursos para su congrua subsistencia. Esta pensión no podrá ser inferior al mínimo legal. (1968).

Esta norma, fue reglamentada por el artículo 81 del Decreto 1848 de 1969, cuyo tenor literal dice:

Artículo 81°.- *Derecho a la pensión.*

1. Todo empleado oficial que conforme a lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, sea retirado del servicio por haber cumplido sesenta y cinco (65) años de edad, sin contar con el tiempo de servicio necesario para gozar de pensión de jubilación, ni hallarse en situación de invalidez, tiene derecho a pensión de retiro por vejez, siempre que carezca de medios propios para su congrua subsistencia, conforme a su posición social.

2. La falta de medios propios para la congrua subsistencia se demostrará con los siguientes medios probatorios:

a) Con dos declaraciones de testigos sobre la carencia de bienes o rentas propios del interesado para atender a su congrua subsistencia, conforme a su posición social ante un juez del trabajo, o civil, con citación del respectivo agente del ministerio público; y

b) Con la presentación, además, de la copia auténtica de la última declaración de renta y patrimonio del interesado, expedida por la Administración de Hacienda Nacional respectiva.

3. Si con posterioridad al reconocimiento de la pensión se estableciere por cualquier medio que el pensionado poseía bienes o rentas suficientes para su subsistencia en el momento del reconocimiento, la entidad pagadora revocará dicho reconocimiento y podrá repetir por las sumas pagadas indebidamente. (1969).

Bajo estas circunstancias, después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, con fundamento en el artículo 29 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con lo establecido en el artículo 81 del Decreto 1848 de 1969, los ex – empleados públicos cuya situación se encuadra en los supuestos de hecho de dichas normas, han solicitado el reconocimiento y pago de su derecho a la pensión de retiro por vejez, obtenido respuestas

negativas. Pues a juicio de los Fondos de Pensiones Estatales, dicha pensión especial desapareció con la figura de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la cual se encuentra regulada así:

Artículo 37.- Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado. (Artículo 37 de la Ley 100, 1993)

Estas decisiones de los Fondos de Pensiones Estatales, son incoherentes frente a los principios del Estado Social de Derecho, en especial el de la Dignidad Humana, cuyo objeto ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana en tres dimensiones que se observan claramente en el siguiente extracto de sentencia de tutela:

Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). (Colombia, Corte Constitucional, 2002, Sentencia T – 881).

3. El régimen de transición de la Ley 100 de 1993, como fuente de preservación temporal de la pensión de retiro por vejez

Inspiradas en la seguridad jurídica y la confianza legítima, algunas reformas pensionales contemplan regímenes de transición normativa, que

pretenden proteger la expectativas legítimas de muchas personas frente al ordenamiento jurídico con respecto a los requisitos para adquirir el derecho a la pensión.

En el año 1994, entró a regir la Ley 100 de 1993, mediante la cual, el Estado Colombiano estableció un nuevo Sistema de Seguridad Social Integral. Esta norma estableció un régimen de transición normativa, el cual otorga a sus beneficiarios, la facultad de obtener su derecho a la pensión de vejez, con fundamento en la norma anterior aplicable.

Conforme a lo dispuesto por ésta Ley, en su artículo 36, inciso segundo, el régimen de transición se aplica a quienes al momento de entrar en vigencia el nuevo Sistema General de Pensiones, tuvieran más de 35 años de edad, si es mujer, o 40 años de edad si es hombre, o con quince o más años de servicios:

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley. (...) (Inciso Segundo del Artículo 36 de la Ley 100, 1993).

Luego de varios intentos fallidos del legislador por restringir al régimen de transición objeto de estudio, mediante el Acto Legislativo No 01 de 2005 lo modificó, en la cual:

Se fijó una regla general, conforme a la cual el régimen de transición previsto en la Ley 100 expira o desaparece el 31 de julio de 2010.

Se estableció una excepción a la regla anterior: quienes sean sujetos del régimen de transición y a la fecha de vigencia del Acto Legislativo (julio 29 de 2005) tengan cotizadas 750 sema-

nas o su equivalente en tiempo de servicios, conservan el derecho al régimen de transición hasta el año 2014, es decir, hasta el 31 de diciembre de ese año. (Arenas, 2009, p. 263)

Pero además de los anteriores requisitos, ¿es necesario que antes del primero de abril de 1994, la persona estuviese afiliada al sistema pensional para ser beneficiario del régimen de transición? La respuesta a este interrogante está generada una discusión jurisprudencial entre la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En principio, la Corte Constitucional, en una primera posición dijo:

De lo dicho se desprende que para ser beneficiario del régimen de transición es necesario estar en uno de los siguientes supuestos : Primero : haber tenido 35 o más años, si se es mujer, o 40 o más, si se es hombre, en el momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 y haber estado, en ese momento, afiliado a un régimen pensional ; Segundo : tener, en el momento de la entrada en vigencia de la Ley 100, 15 o más años de servicio cotizados, y estar afiliado, también en ese momento, a un régimen pensional. (Colombia, Corte Constitucional, 1997, Sentencia C – 596).

Paradójicamente, el mismo año y frente al mismo tema, el Consejo de Estado planteó una posición diferente, al considerar que no es necesario exigir afiliación previa a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, para conceder los beneficios del régimen de transición:

Estas personas en relación con la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios, o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez será la establecida en el régimen anterior, pero se repite, sin tener en cuenta si laboraban o no a 31 de marzo de 1994, y menos aún bajo la condición de que si no laboraban en esa fecha, tenía que tener cotización al Instituto de los Seguros Sociales. (Consejo de Estado, 1997, Radicación No 12031)

En medio de este “choque de trenes”, surge una posición de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, controvirtiendo al criterio de la Corte Constitucional:

De manera que le asiste razón al recurrente, pues ciertamente se equivocó el Tribunal al considerar que acogía la doctrina expuesta por la Corte Constitucional en la parte considerativa de la sentencia de constitucionalidad C-596/97, por considerarla obligatoria para la solución del problema, no siendo ello así. (Corte Suprema de Justicia, 2002, Radicación No 19069)

Este pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, se apoyó en otro que había sentado en el año 2001:

(...) para acceder a los beneficios de ese régimen transitorio sólo se requiere tener la edad o el tiempo de servicios consagrados en esa norma, sin que pueda entenderse que existen requisitos adicionales a los que de manera clara se precisan en tal precepto. (Corte Suprema de Justicia, 2001, Radicación No 15279)

Por último, pareciera que la Corte Constitucional Colombiana, en una sentencia de tutela cambiara su posición inicial, cuando dijo:

Con esa interpretación se le da a la ley un alcance que no tiene pues ella no exige, para la viabilidad del régimen de transición, que el peticionario, al momento de entrada en vigencia de la ley se encuentre afiliado a una entidad de seguridad social (...). (Corte Constitucional, 2001, Sentencia, T – 534)

En nuestro criterio, con prescindencia de la época de afiliación, aquellos empleados públicos que acrediten la edad o tiempo de servicios exigidos por el régimen de transición, pueden obtener sus derechos pensionales con arreglo a las normas anteriores, entre ellas, las contenidas en los Decretos 2400 y 3135 de 1968, constitutivas de la fuente formal del derecho a la pensión de retiro por vejez.

Así las cosas, si un ex – empleado público, amparado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, fue desvinculado por haber llegado a

la edad de retiro forzoso, sin haber cotizado el mínimo de semanas exigidas para adquirir el derecho su derecho pensional y sin recursos económicos para su congrua subsistencia, puede encontrar en la pensión de retiro por vejez, una alternativa de subsistencia digna.

4. La jurisprudencia del Consejo de Estado y su función reanimadora de la pensión de retiro por vejez

Ante la posición de los Fondos de Pensiones Estatales, en negar la pensión de retiro por vejez, fundada en una supuesta desaparición con la Ley 100 de 1993, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional Colombiana han consolidado una línea jurisprudencial que ha reanimado su vigencia, aun en casos difíciles, por haberse presentado en ellos discusiones de diversa índole. Para corroborarlo, a continuación se hará alusión a algunas sentencias mediante las cuales esa Corporación ha ordenado el reconocimiento del derecho a la pensión de retiro por vejez, en situaciones poco comunes.

El primer caso trata de la situación de una ex funcionaria, titular de una pensión de vejez que le había reconocido el Instituto de Seguros Sociales, ISS, en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente. En éste asunto, el Consejo de Estado Colombiano, mediante sentencia del 22 de octubre de 2009, ordenó reconocer a su favor, el derecho a la pensión de retiro por vejez, lo curioso de este asunto, es que a partir de ese fallo, la demandante quedó disfrutando dos pensiones.

El primer problema jurídico resuelto en esta providencia se centró en el análisis de una posible incompatibilidad entre la pensión de vejez y la de retiro por vejez, por la prohibición del Artículo 128 de la Constitución Política de recibir más de una asignación proveniente del tesoro público. Al solucionarlo, el fallo en estudio consideró que:

(...) los recursos que administra el ISS, así provengan de las cotizaciones de entes públicos con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no gozan de la calidad de públicos, por lo cual, en principio, la percepción de una asignación pagada por el ISS no es incompatible con la de otra asignación

del tesoro público (Consejo de Estado, 2009, Radicado No 050012331000200100423 01 (0262 – 2008))

El segundo problema jurídico que enfrentó la sentencia en estudio, fue que la demandante era pensionada y uno de los requisitos exigidos por el Decreto 3135 de 1968 para otorgar el derecho a la pensión de retiro por vejez es justamente que la persona carezca de lo necesario para congrua subsistencia, lo cual fue resuelto por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Dentro de un Estado Social y Constitucional de Derecho, la congrua subsistencia tiene una relación inescindible con el derecho a la vida digna y al mínimo vital. En este sentido, el parámetro no puede ser meramente cuantitativo, equivalente v. gr. a un salario mínimo legal mensual vigente; su determinación, *contrario sensu*, requiere del análisis de las condiciones de vida decorosas de cada individuo (...) De las pruebas referidas se concluye que efectivamente con el retiro del servicio, las condiciones y calidad de vida de la accionante se vieron deterioradas, no contando en la actualidad con ingreso diferente al proveniente del Instituto de Seguros Sociales equivalente, se reitera, a un salario mínimo legal mensual vigente (...) Por lo anterior, esta Sala considera ajustado a derecho acceder al reconocimiento pensional incoado (...).(Consejo de Estado, 2009, Radicado No 050012331000200100423 01 (0262 – 2008))

En el mismo sentido, el Consejo de Estado Colombiano, ha reconocido el derecho a la pensión de retiro por vejez, a título de sustitución pensional o pensión post – portem a favor de los beneficiarios de los ex – empleados públicos fallecidos. En efecto, en un caso donde la viuda de un ex – empleado reclamaba este derecho, el Consejo de Estado Colombiano dijo:

El empleado oficial, para tener derecho a la pensión de retiro por vejez debe demostrar que superó los 65 años de edad y no reúne los requisitos necesarios para tener derecho a la pensión

de jubilación, como ocurrió en el sub lite. Como el causante a la fecha del retiro del servicio por edad de retiro forzoso no tenía los 20 años de servicio únicamente puede accederse a una pensión pagadera por la respectiva entidad de previsión equivalente al veinte por ciento (20%) de su último sueldo devengado, y un dos por ciento (2%) más por cada año de servicios, la cual no podrá ser inferior al salario mínimo (...). (Consejo de Estado, 2007, Radicado No 7000123310001999217801 (1393 – 02))

Por otra parte, para efectos del análisis que se efectúa y en la misma línea de la pregunta que se busca resolver en éste trabajo, tomaremos un segundo asunto que consiste en un caso donde el demandante, pese no haberla solicitado en vía gubernativa ni en la demanda, el Consejo de Estado Colombiano, oficiosamente reconoció la pensión de retiro por vejez, lo cual justificó así:

(...) se repite, los 19 años y 4 meses de labores que desempeñó en distintas entidades oficiales, incluida la Cámara de Representantes, lo que hoy en día le daría vocación a la indemnización sustitutiva. Empero, como el demandante se encontraba en el régimen de transición, deberán aplicarse las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, si entrar a divagar en el tema de empleados nacionales y territoriales, en razón al principio de igualdad establecido en el artículo 13 de la Carta Política y a las orientaciones del Decreto 1919 de 2002. Por ello, aunque la pensión de retiro por vejez no fue solicitada en vía gubernativa ni en sede judicial, resulta forzoso acudir nuevamente a las directrices trazadas por la Corte Constitucional, en desarrollo del artículo 228 de la Carta y proceder a reconocer el derecho pensional del demandante. (Consejo de Estado, 2012, Radicado No 25000 – 23 – 25 – 000 – 2002 – 13488 – 01 (7318 – 05))

Sin duda, esta decisión refleja un avance significativo en la protección de los derechos fundamentales de las personas, pues observando los principios constitucionales que rigen la seguridad social integral, inaplicó la

regla procesal dispositiva que rige en los procesos contenciosos administrativos.

5. Conclusiones

La Constitución Política adoptó la filosofía de un Estado Social de Derecho, soportado entre otros pilares, en el principio de la dignidad humana. Que entre otros componentes implica, la facultad de vivir bien, es decir, de disponer de los elementos materiales mínimos para vivir como lo que son, seres humanos. Sin duda, en el caso de los ex – empleados públicos desvinculados laboralmente por haber llegado a la edad de retiro forzoso que hoy no disfrutan de la pensión de vejez por haber alcanzado cotizar el mínimo de semanas requeridas, la pensión de retiro por vejez se convierte en el único medio de subsistencia digna. En el marco de esta reflexión y con fundamento en lo expuesto, se puede llegar a las siguientes conclusiones:

1. Algunas entidades de seguridad social en pensiones, niegan la pensión de retiro por vejez, argumentando que dicha figura fue tácitamente derogada por la Ley 100 de 1993, violando de este modo la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado Colombiano, quien reconoce ese derecho a favor de los empleados públicos que estén amparados por el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993.

2. A la pensión de retiro por vejez tienen derechos los empleados públicos que al llegar a la edad de retiro forzoso, no cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de vejez o invalidez, carezcan de recursos económicos para su congrua subsistencia y estén amparado por el régimen de transición, siempre que su situación se haya consolidado antes del 31 de julio de 2010.

3. Los empleados públicos amparados por el régimen de transición que a 31 de julio de 2010, no alcanzaron a cumplir los requisitos del derecho a la pensión de retiro por vejez, podrán obtenerlo hasta antes del 31 de diciembre de 2014, siempre que a veintinueve (29) de julio de 2005 tuviesen 750 semanas cotizadas al sistema o el equivalente en tiempo de servicios.

4. Los empleados públicos, no perderán el derecho a la pensión de retiro por vejez, por el mero hecho de estar vinculado al sistema pensional con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues la afiliación previa a esa norma no es requisito para ser beneficiario del régimen de transición que ella misma contiene.

5. Por no ser de naturaleza pública, la pensión de vejez que se obtenga con arreglo a la Ley 100 de 1993, no es incompatible con la pensión de retiro por vejez, por lo que jurídicamente es posible que un empleado público disfrute de las dos pensiones.

6. La pensión de retiro por vejez se puede reconocer a título de sustitución pensional o post – mortem a favor de los beneficiarios de los ex – empleados públicos fallecidos.

7. En cumplimiento de los principios constitucionales y la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, en los asuntos litigiosos pensionales, donde el empleado público no haya reclamado en vía administrativa ni jurisdiccional la pensión de retiro por vejez, si el Juez advierte que se cumplen los requisitos que estructuran el derecho, debe declararlo oficiosamente.

Fuentes de información

- Arenas, G. (2009). *El derecho colombiano de la seguridad social*. 2ª ed., Bogotá: Legis.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Acción de Simple Nulidad, (C.P. Javier Díaz Bueno; Abril 10 de 1997) Radicado No 12031.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho (C.P. Bertha Lucía Ramírez de Paez; Noviembre 8 de 2007) Expediente No 7000123310001999217801. Radicado No 1393 – 02.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho (C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Marzo 6 de 2008) Expediente No 230012331000200200244-01. Radicación No 2152 – 06.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho (C.P. Ge-

- rardo Arenas Monsalve; Febrero 19 de 2009) Expediente No 25000 – 2325 – 000 – 2005 – 05429 – 02. Radicado No 0720 – 08.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho (C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; Octubre 22 de 2009) Expediente No 050012331000200100423 01. Radicado No 0262 - 2008
- Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho (C.P. Luis Rafael Vergara Quintero; Marzo 1 de 2012) Expediente No 25000 – 23 – 25 – 000 – 2002 – 13488 – 01. Radicado No 7318 – 05.
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C – 596 de 1997. (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; Noviembre 20 de 1997)
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C – 534 de 2001. (M.P. Jaime Córdoba Triviño; Mayo 21 de 2001)
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T – 881 de 2002. (M.P. Eduardo Montealegre Lynett; Octubre 17 de 2002)
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia SU – 189 de 2012. (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Marzo 12 de 2012)
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (M.P. Rafael Méndez Arango; Abril 2 de 2001) Radicación No 15279.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (M.P. Carlos Isaac Nader; Diciembre 4 de 2002) Radicación No 19069. Decreto 2400 de 1968, *Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones*. Septiembre 19 de 1968. (Colombia)
- Decreto 3135 de 1968, *Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales*. Diciembre 26 de 1968. (Colombia)
- Decreto 1848 de 1969, *Por el cual se reglamenta el decreto 3135 de 1968*. Noviembre 4 de 1969. (Colombia)
- Ley 100 de 1993, *Por el cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. Diciembre 23 de 1993. (Colombia)
- Ley 909 de 2004, *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*. Septiembre 23 de 2004. (Colombia)

- Ley 1821 de 2016, “*Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas*”. Diciembre 30 de 2016. (Colombia)
- Rincón, J. (2009). *Derecho administrativo laboral. Empleo público, sistema de carrera administrativa y derecho a la estabilidad laboral*. 1ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Villegas J. (2005) *Derecho Administrativo Laboral. Principios, estructura y relaciones individuales*. 7ª ed. Bogotá: Legis Editores.