

**MEMORANDO**

Bogotá D.C., 29 de Agosto de 2018

Para:

TANIA MARGARITA LOPEZ LLAMAS

Subdirectora de Talento Humano

De: **Oficina Asesora Jurídica**

Asunto: Concepto jurídico sobre la procedencia de la causal de retiro por pensión de vejez

En atención a su solicitud, elevada mediante memorando M-2018-2400-0004692 del 13 de agosto de 2018, aclaratoria del memorando M- 2018-2400-004221 del 26 de julio de 2018, en los cuales se solicita emitir concepto jurídico sobre el procedimiento a seguir para el retiro de la funcionaria María Claudia Vargas Arévalo quien fue reintegrada a la planta de personal del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social en cumplimiento al fallo de tutela de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil del 15 de junio de 2017 en el expediente 11001-22-03-000-2017-01056-01; emito el respectivo concepto en los siguientes términos:

I. Problema Jurídico

La Subdirección de Talento Humano formula en el memorando M-2018-2400-0004692 del 13 de agosto de 2018 el siguiente problema jurídico:

"¿Puede la administración dar por terminada unilateralmente la vinculación de la señora MARIA CLAUDIA VARGAS AREVALO en virtud al cumplimiento del fallo de tutela o debe la administración esperar indefinidamente que la señora manifieste voluntariamente su decisión de retirarse?"

En este orden de ideas, procede la Oficina Asesora Jurídica a emitir el respectivo concepto.

II. CONSIDERACIONES**1. Contenido Fallo de Tutela**

La Subdirección de Talento Humano manifiesta en su solicitud que mediante el fallo de tutela de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil del 15 de junio de 2017 en el expediente 11001-22-03-000-2017-01056-01, ordenó el retiro de la funcionaria María Claudia Vargas Arévalo a la planta de personal del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, en los siguientes términos:

*"[...] se **ORDENA** al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (DPS), que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contado a partir de la notificación de esta providencia, proceda a reintegrar a la señora María Claudia Vargas Arévalo en un cargo de igual o superior categoría al que venía ocupando antes de su desvinculación, y **mantenga su nombramiento hasta que se a incluida en la nómina de pensionados por parte de la entidad a que corresponda el reconocimiento y pago de su pensión de vejez**"*



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado M-2018-1400-005036

Fecha: 29/08/2018

De conformidad con lo anterior, se expidió la Resolución No. 01877 del 22 de junio de 2017, por la cual se nombra con carácter provisional a la señora María Claudia Vargas Arévalo, en el empleo de Profesional Especializado Código 2028, Grado 20 de la Dirección de Gestión y Articulación de la Oferta Social.

Es de resaltar que, si bien en la parte motiva de la resolución en comento se señaló la necesidad de vincular mediante nombramiento provisional a la señora María Claudia Vargas Arévalo, mientras se culmina el trámite para su inclusión en nómina, la referida condición no fue incluida en la parte resolutive de la misma.

Sin embargo, la continuidad de la vinculación de María Claudia Vargas Arévalo se encuentra condicionada a su inclusión en nómina de conformidad con lo señalado en el fallo de tutela de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil del 15 de junio de 2017.

2. Procedimiento de Inclusión en Nómina.

Con ocasión de la expedición del Decreto 2245 de 2012- actualmente compilado en el Decreto 1833 de 2016- y del precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1037 de 2003, a través de la Circular Externa 1 de 2013, la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES estableció el procedimiento para la inclusión en nómina de pensionados de los servidores públicos, con el propósito de evitar la solución de continuidad entre el retiro del servicio público y la fecha de inclusión en la nómina de pensionados mencionada.

En el presente caso, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES mediante oficio BZ2018_6501936-1661980 del 6 de junio de 2018, informó a Prosperidad Social de la expedición de la Resolución SUB 17194 del 20 de enero de 2018 a través de la cual reconoció la pensión de vejez a favor de María Claudia Vargas Arévalo; sin embargo, la inclusión en nómina fue dejada en suspenso hasta tanto se acreditara su retiro definitivo del servicio oficial.

Ahora bien, de conformidad con lo señalado en el Manual de inclusión en nómina de pensión¹, el procedimiento a seguir para la incluir en nómina al empleado, cuando **la causa de retiro es la pensión de vejez**, es el siguiente:

*"B. En los casos de servidores públicos que presentaron su solicitud de reconocimiento pensional ante el Seguro Social, hoy en liquidación, si dicha entidad expidió acto administrativo reconociendo la prestación económica, pero al mismo tiempo dejó en suspenso el ingreso a nómina hasta tanto se **allegara la prueba del retiro del servicio público**, deberá adelantarse el siguiente procedimiento de acuerdo a la situación en que se encuentre cada servidor público:*

1. En los casos de servidores públicos activos en los que el empleador quiere dar aplicación a la facultad establecida en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003:

- El empleador deberá solicitar, mediante comunicación escrita dirigida a la Vicepresidencia Comercial de COLPENSIONES, la inclusión en nómina de pensionados o los servidores públicos que ya obtuvieron acto administrativo de reconocimiento, pero su ingreso en nómina se encuentra suspendido y aún están vinculados a la entidad.*

- La Administradora Colombiana de Pensiones decidirá la prestación siguiendo el procedimiento establecido por el Decreto 2245 de 2012 y en la Circular Externa 1 de 2013, cuyo procedimiento se describió anteriormente, en aras de garantizar la no solución de continuidad."*

Con cualquier otra causa, el procedimiento a seguir es el siguiente:

¹ Ver : <https://www.colpensiones.gov.co:8070/publicaciones/253/MANUAL-INCLUSION-NOMINA-DE-PENSIONADOS.pdf>



"2 En los casos de servidores públicos que presentaron su solicitud de reconocimiento pensional ante el Seguro Social, hoy en liquidación, dicha entidad expidió acto administrativo reconociendo la prestación económica pero al mismo tiempo dejó en suspenso el ingreso a nómina **hasta tanto se allegara la prueba del retiro y a su vez ya están retirados de la entidad pública** y cuentan con el acto administrativo de retiro:

- Los empleadores deberán allegar a la Vicepresidencia Comercial de COLPENSIONES una copia del acto administrativo de retiro.
- La Administradora Colombiana de Pensiones adelantará, de acuerdo a las reglas de negocio establecidas, el procedimiento que tiene previsto para incluir la prestación económica en la nómina de pensionados."

Como se observa, la inclusión en nómina por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES está condicionada al retiro del servidor público, sea por el ejercicio de la facultad establecida en parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 o cualquier otra causal.

3. Causales de retiro del servicio.

El artículo 41 de la Ley 909 de 2004, señala que el retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de carrera administrativa se produce por las siguientes causales:

"(...) a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción; b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa; d) Por renuncia regularmente aceptada; **e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;** f) Por invalidez absoluta; g) Por edad de retiro forzoso; h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario; i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo; j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5º de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen; k) Por orden o decisión judicial; l) Por supresión del empleo; m) Por muerte; n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.(...) "

Adicional a lo anterior, el Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, señala en su artículo 2.2.5.3.4 que el nombramiento provisional podrá darse por terminado por el nominador por resolución motivada, la cual deberá contener las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que ejerzan su derecho de contradicción.

Como señaló el Departamento Administrativo de la Función Pública, en el Concepto 58371 del 17 de marzo 2016, "(...) en el evento que la entidad determine el retiro de un servidor público, deberá expedir un acto administrativo el cual deberá ser motivado y deberá contener las causales por las cuales desvincula al provisional entre ellas las contenidas en la Ley 909 de 2004 y los criterios esgrimidos por la Corte Constitucional², como son motivos disciplinarios, baja evaluación del desempeño, por razones referentes al buen servicio o por designación de quien ganó la plaza mediante concurso, en consecuencia, es viable manifestar que no procede el retiro automático de los empleados públicos que han sido nombrados provisionalmente (...)".³

Ahora bien, en lo que corresponde a la causal e) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, esta presenta concordancia con lo establecido en el parágrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, el cual a la letra señala:

"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**

² Ver Corte Constitucional, Sentencias T-007 del 17 de enero de 2008, T-1022 del 17 de septiembre de 2008 y SU-917 del 16 de noviembre 2010,

³ Ver: <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=70873>



el contrato de trabajo 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."

La anterior norma fue objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional mediante sentencia C-1037 del 5 de noviembre de 2003, generándose sentencia aditiva, esto es que agrega un supuesto de hecho o requisito adicional a los señalados por el legislador con el fin de hacer compatible la norma con la Constitución Política; por lo cual, **además de la notificación del reconocimiento de la pensión no se puede dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.**

El fundamento del pronunciamiento judicial se basa en garantizar la no solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, precisamente para asegurar al trabajador y a su familia los ingresos mínimos vitales, así como la efectividad y primacía de sus derechos.

De otro lado, es importante recordar que el artículo 2.2.11.1.4 del Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017 reglamentó el ejercicio de la causal de retiro por pensión, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 2.2.11.1.4 Retiro por pensión. El empleado que reúna los requisitos determinados para gozar de **pensión de retiro por jubilación, por edad** o por invalidez, cesará en el ejercicio de funciones en las condiciones y términos establecidos en la Ley 100 de 1993 y demás normas que la modifiquen, adicionen, sustituyan o reglamenten.

De conformidad con lo señalado en el Parágrafo 3º del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se considera justa causa para dar por terminada la relación legal o reglamentaria del empleado público que cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión.

El empleador podrá dar por terminado la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones, siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión, se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.

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 éste 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.

*Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2 de la Ley 1821 de 2016, **para quienes hayan cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación y que voluntariamente manifiesten su decisión de permanecer en sus cargos hasta que cumplan la edad de retiro forzoso.** A las personas que se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo, en los términos de la citada ley, les asiste la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social integral y **no les será aplicable lo dispuesto en el parágrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003.**"*

Como se observa la norma en comento, presenta una limitación que será objeto de análisis en líneas posteriores.



4. Limitación a la facultad de parágrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003

La Ley 1821 de 2016 estableció en su artículo 2 una limitación a la facultad de la administración para ejercer la potestad señalada en el parágrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, en el siguiente sentido:

"Artículo 2º. La presente ley no modifica la legislación sobre el acceso al derecho a la pensión de jubilación. Quienes a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas podrán permanecer voluntariamente en los mismos, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales), aunque hayan completado los requisitos para acceder a la pensión de jubilación. **A las personas que se acogen a la opción voluntaria de permanecer en el cargo, en los términos de la presente ley, no les será aplicable lo dispuesto en el parágrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003.**"

Bajo la norma en comento se modificó la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas, pasando de 65 a 70 años, por lo cual, quienes a partir del 30 de diciembre de 2016 se encuentran cobijados bajo los supuestos de hecho señalados en la norma, es decir se encuentren desempeñando funciones públicas, podrán solicitar a la administración se mantenga su vinculación hasta tanto se alcance la edad de retiro forzoso.

Sobre lo particular es importante referirse al Concepto de la Sala de Consulta C.E. 2326 de 2017 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil emitido el 8 de febrero de 2017 con la radicación interna No. 2326⁴, en el cual se señaló:

"Como se observa, esta parte de la norma, a pesar de las deficiencias que presenta en su redacción, contiene un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. El supuesto de hecho consiste en que una persona, a la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, "acceda" al ejercicio de funciones públicas o se encuentre ejerciéndolas y haya cumplido o cumpla los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación. La consecuencia jurídica, por su parte, consiste en que tal persona puede permanecer en el ejercicio de su cargo o de las funciones respectivas, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social. Aunque la norma no dice explícitamente hasta cuándo podría permanecer aquella persona en su cargo o en el ejercicio de las funciones que ejerce, la integración de esta disposición con el artículo 1º de la misma ley, permite deducir, sin mayores esfuerzos, que puede hacerlo hasta llegar a la edad de retiro forzoso que la Ley 1821 establece (70 años)".

En igual sentido, se pronunció el Departamento Administrativo de la Función Pública mediante Concepto 176581 del 03 de agosto de 2017⁵, al afirmar que:

"(...) los servidores públicos que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 no hayan cumplido la edad de 65 años, y aunque hayan completado los requisitos para el reconocimiento de la pensión de jubilación, no se les ha reconocido la pensión y no han sido incluidos en nómina de pensionados, les será aplicable la nueva reglamentación. Por lo tanto, si el empleado desea continuar en ejercicio de sus funciones, deberá comunicar a la administración su voluntad de permanecer en el ejercicio de su cargo hasta los 70 años, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social".

Por lo tanto, para dar aplicación a lo consagrado en el parágrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, la administración deberá solicitar a la persona que haya completado los requisitos para el reconocimiento de la pensión de jubilación que manifieste si se acoge voluntariamente a la prerrogativa establecida en la Ley 1821 de 2016. En caso de no acogerse, la administración deberá proceder de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.8.6.3 del Decreto 1833 de 2016.

⁴ Ver: <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=79334>

⁵ Ver: <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=83115>



III. CONCLUSION.

De conformidad con lo desarrollado a lo largo de este concepto, la respuesta al problema jurídico planteado consistente determinar si la administración puede dar por terminada unilateralmente la vinculación de la señora MARIA CLAUDIA VARGAS AREVALO en virtud al cumplimiento del fallo de tutela, es afirmativa, sin embargo para que esta proceda es necesario que la señora se encuentre incluida en nómina de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

De este modo y en atención al procedimiento establecido por la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES la inclusión en nómina contempla dos eventos para su procedencia; el primero, generado en la aplicación de la facultad establecida en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la cual, como se señaló en el presente concepto, requiere de la manifestación voluntaria de la persona de no acogerse a la prerrogativa establecida en la Ley 1821 de 2016 y, en el segundo lugar, la materialización del retiro por la ocurrencia de los eventos señalados en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, a los cuales se deben adicionar los criterios esgrimidos por la Corte Constitucional⁶, como son los motivos disciplinarios, baja evaluación del desempeño, o por razones referentes al buen servicio o por designación de quien ganó la plaza mediante concurso.

En este orden de ideas, de no poderse materializar ninguno de los eventos antes descritos, no es procedente desvincular a la señora MARIA CLAUDIA VARGAS AREVALO.

De acuerdo con lo anterior, la Subdirección de Talento Humano deberá requerir a la señora MARIA CLAUDIA VARGAS AREVALO para que informe si desea acogerse a lo dispuesto en la Ley 1821 de 2016 concediendo un plazo prudencial para que la servidora manifieste su voluntad o, en su defecto, iniciar la actuación administrativa para retirarla del servicio bajo la causal establecida en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, garantizando siempre el debido proceso a la funcionaria.

La presente respuesta tiene la naturaleza de un concepto jurídico; constituye un criterio auxiliar de interpretación, de conformidad con lo establecido por el artículo 26 del Código Civil y el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sustituido por la Ley 1755 de 2015.

Se recuerda que este y los demás conceptos de la Oficina Asesora Jurídica se encuentran a disposición de todos los colaboradores de la Entidad, para su consulta, en el enlace *Conceptos Jurídica* en la intranet.

Atentamente,

LUCY EDREY ACEVEDO MENESES
Jefe de Oficina
Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Antonio Daniel Gil Lozano
Revisó: Omar Alberto Baron Avendaño
Folios: 6
Anexo: 0
Copia: clic para registrar información de copia

⁶ Ver Corte Constitucional, Sentencias T-007 del 17 de enero de 2008, T-1022 del 17 de septiembre de 2008 y SU-917 del 16 de noviembre 2010,