



El empleo
es de todos

Mintrabajo

Al responder por favor citar esté número de radicado

Bogotá D.C.,

ASUNTO: Radicado No. 06EE2019120300000048829

EDAD DE RETIRO FORZOSO – VINCULO LABORAL CON PERSONA EN EDAD DE PENSIONARSE QUE NO CUMPLE LOS REQUISITOS

Respetado señor:

De manera atenta le damos respuesta a su comunicación, en la que solicita se emita concepto, respecto de lo siguiente:

“... edad de retiro forzoso y de cómo opera este para el sector privado...me aclare si a una persona que cumple la edad de jubilación (62) años, pero no ha completado los requisitos para acceder a la pensión de vejez se le puede terminar contrato de trabajo con justa causa, por haber cumplido esta edad y en caso de que no hasta que edad se puede considerar apto para laborar.”

Antes de dar trámite a su consulta, es necesario aclararle que esta Oficina Asesora Jurídica absuelve de modo general las consultas con relación a las normas y materias que son competencia de este Ministerio, de conformidad con el Artículo 8° del Decreto 4108 de 2011, **sin que le sea posible pronunciarse de manera particular y concreta por disposición legal.** En tal sentido, el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 41 del Decreto Ley 2351 de 1965, modificado por el artículo 20 de la Ley 584 de 2000, dispone que **los funcionarios de este Ministerio no quedan facultados para declarar derechos individuales, ni definir controversias cuya decisión esté atribuida a los jueces de la República.**

Sea lo primero indicar, que la edad de retiro forzoso es una figura aplicable al sector público, en razón a que se circunscribe a las personas que desempeñan cargos públicos, así como los particulares que ejercen funciones públicas, en efecto la 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”, establece:

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pls 6, 7, 10, 11, 12 y 13
Teléfonos PBX
(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63
Puntos de atención
Bogotá (57-1) 5186868 Opción 2

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular

120

www.mintrabajo.gov.co



"Artículo 1°. Corregido por el art. 1, Decreto Nacional 321 de 2017. La edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años. Una vez cumplidos, se causará el retiro inmediato del cargo que desempeñen sin que puedan ser reintegradas bajo ninguna circunstancia.

Lo aquí dispuesto no se aplicará a los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el artículo 1° del Decreto-ley 3074 de 1968." (subrayado y negrilla fuera de texto)

En ese orden de cosas, la Entidad competente para emitir un concepto al respecto es la Oficina Asesora Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública, ya que es la institución que de conformidad con lo establecido en el artículo 1.1.1.1. del Decreto 1083 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.", tiene a su cargo la formulación de las políticas generales de la Administración Pública, destacándose entre otras materias aquellas relacionadas con el empleo público.", no obstante lo anterior, hacemos referencia al concepto No. 20176000001391 de 2017 en el cual esa Entidad emite concepto respecto de la aplicación de la Ley 1821 de 2016, al señalar lo siguiente:

"(i) Campo de aplicación de la Ley 1821 de 2016

Con la Ley 1821 del 30 de diciembre de 2016 se amplía a 70 años la edad máxima para desempeñar funciones públicas en el Estado, en consecuencia, esta ley aplica a los servidores públicos que prestan sus servicios en las ramas del poder público, en los órganos autónomos e independientes (universidades, corporaciones autónomas, Banco de la República, Comisión Nacional del Servicio Civil), órganos de control (Contralorías, Procuraduría, Defensoría, Personerías) y de las demás entidades o agencias públicas.

Así mismo, aplica a los particulares que cumplen funciones públicas, como los notarios, curadores, miembros de las cámaras de comercio, por cuanto la posibilidad de desempeñar funciones públicas se predica no solo de las personas que se vinculan con el Estado mediante la elección o nombramiento y la posesión en un cargo, sino también de los particulares que, en los casos taxativamente señalados en la Constitución y la ley, puedan investirse de la autoridad del Estado y desempeñar funciones públicas administrativas o funciones públicas judiciales."

La Corte Constitucional, como autorizado tribunal en la interpretación de la Constitución y la Ley, en relación con el tema, al realizar el análisis de constitucionalidad de la Ley 1821 de 2016, en la sentencia C- 135 de 2018, preciso lo siguiente:

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13
Teléfonos PBX
(57-1) 5186868

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63
Puntos de atención
Bogotá (57-1) 5186868 Opción 2

Línea nacional gratuita

018000 112518
Celular
120
www.mintrabajo.gov.co



El empleo
es de todos

Mintrabajo

“Sin embargo cabe hacer referencia a la edad de retiro forzoso. En primer lugar, no existe en la Constitución precepto alguno que prohíba al Congreso otorgar la alternativa a los servidores del Estado de acceder a la pensión de vejez o, en su lugar, de continuar en el servicio hasta llegar a la edad de retiro forzoso, lo que implica, correlativamente, la facultad de inaplicar las disposiciones que impidan hacer de uso de dicha opción. Por el contrario, una regulación como la adoptada se apoya en la amplia libertad de configuración con la que cuenta el legislador no solo para establecer las condiciones de acceso, permanencia y retiro del servicio (CP art. 125), sino también para fijar los supuestos en los que se operativiza el goce de una pensión, como expresión del derecho a la seguridad social (CP art. 48). Esta misma decisión se adoptó en la Sentencia C-584 de 1997¹³⁹, en la que se analizó la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley 344 de 1996, cuyo rigor normativo guardaba similitud con lo previsto en el precepto legal demandado, conforme se expuso con anterioridad¹⁴⁰.”

En segundo lugar, la inaplicación del párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 responde a una finalidad legítima, que concuerda con los objetivos que justifican el aumento de la edad de retiro forzoso, básicamente en lo que atañe a la necesidad de permitir que las personas mayores puedan continuar desarrollando una vida laboral activa, como expresión del derecho al trabajo, con ocasión del aumento en la expectativa promedio de vida de la población, en el mayor envejecimiento de la misma y en la importancia de utilizar un recurso humano cualificado y dotado de una experiencia específica, que se conoce con el nombre de inteligencia depurada.

En tercer lugar, se considera que la medida adoptada es adecuada para lograr el citado fin, pues sin ella simplemente las personas mayores no podrían hacer uso de la alternativa que les da el artículo 2 de la Ley 1821 de 2016, toda vez que se mantendrían separadas ambas causales de retiro, con la probabilidad de que al ser reconocido el derecho pensional a favor del funcionario, y una vez formalizada su inclusión en nómina, lo cual podría ocurrir a los 57 años en el caso de las mujeres y de los 62 en el caso de los hombres, ya no se permita a la persona continuar en el servicio hasta llegar a la edad de retiro forzoso (70 años). De este modo, es claro que la medida es apta para conseguir el objetivo perseguido, toda vez que de no haberse previsto la inaplicación del párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, nada aseguraría que las personas mayores pudiesen seguir desarrollando una actividad laboral, propósito para el cual fue que se incrementó el tope máximo de edad en que se permite continuar en el servicio, a partir de la existencia de las razones objetivas expuestas en esta providencia y señaladas igualmente en la Sentencia C-084 de 2018.”

Por otra parte, en cuanto al hecho de que un trabajador cumpla los 62 años de edad y aún no haya completado los requisitos para acceder a la pensión, el Sistema de Seguridad Social en Pensiones contempla las figuras de la indemnización sustitutiva y la devolución de saldos, en efecto, respecto de la **indemnización sustitutiva** de la pensión de vejez en el Régimen de Prima Media con

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX
(57-1) 5186868

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención
Bogotá (57-1) 5186868 Opción 2

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular

120

www.mintrabajo.gov.co



Prestación Definida RPM, se encuentra que el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 establece, lo siguiente:

“Artículo 37: 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”.

Como se puede observar, la citada norma no establece un número mínimo de semanas cotizadas para tener el derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión, sin embargo, observamos que en el artículo 4 del Decreto 1730 de 2001 compilado por el Decreto 1833 del 2016 “Por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones” de la citada norma establece lo siguiente:

“Artículo 2.2.4.5.4. Requisitos. Para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, el afiliado debe demostrar que ha cumplido con la edad y declarar bajo la gravedad del juramento que le es imposible continuar cotizando. También habrá lugar a la indemnización sustitutiva cuando el servidor público se retire del servicio por haber cumplido la edad de retiro forzoso y declare que está en imposibilidad de seguir cotizando.” (subrayado y negrilla fuera de texto)

De acuerdo a las normas transcritas es necesario resaltar que uno de los requisitos para acceder a la prestación es la **imposibilidad de seguir cotizando**.

La indemnización sustitutiva establecida en la norma transcrita constituye entonces un beneficio que se obtiene residualmente, es decir cuando se comprueba que el afiliado definitivamente no puede acceder a otros beneficios del sistema como pensión familiar, pensión de invalidez o vejez.

En cuanto al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, se tiene la **Devolución de Saldos** en los eventos en los cuales habiendo llegado a la edad requerida para pensionarse, (62 años si es hombre y 57 años si es mujer), el trabajador no hubiere completado el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual que le permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente y manifieste la imposibilidad de seguir cotizando, el fondo privado de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, le haría la devolución de saldos, en atención a lo normado por el artículo 66 de la norma en mención, que a la letra dice:

“Artículo 66.-Devolución de saldos. Quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa
Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13
Teléfonos PBX
(57-1) 5186868

Atención Presencial
Sede de Atención al Ciudadano.
Bogotá Carrera 7 No. 32-63
Puntos de atención
Bogotá (57-1) 5186868 Opción 2

Línea nacional gratuita
018000 112518
Celular
120
www.mintrabajo.gov.co



para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho. " (resaltado fuera de texto)

Ahora bien, si la persona ha recibido la devolución de saldos del fondo de pensiones, e ingresa o se encuentra vinculado como trabajador dependiente a través de un contrato de trabajo está obligado a cotizar al Sistema de Seguridad Social Integral, es decir, (Salud, Pensión y Riesgos Laborales), debido a que por disposición legal establecida en el, artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3° de la Ley 797 de 2003, así lo dispone:

"Artículo 3o. El artículo 15 de la Ley 100 de 1993, quedará así:

Artículo 15. Afiliados. Serán afiliados al Sistema General de Pensiones:

1. En forma obligatoria: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales" (resaltado fuera de texto)

En efecto, la obligación de cotizar al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, cesa por parte del trabajador dependiente o independiente vinculado mediante contrato de trabajo o de prestación de servicios, cuando haya completado los requisitos para alcanzar el estatus de pensionado por vejez, como la de cualquier otro afiliado, es la edad y el monto para obtener la pensión mínima de vejez, sin perjuicio de la voluntad de continuar cotizando, en atención a lo normado por el Artículo 17, modificado por el Artículo 4 de la Ley 797 de 2003, *Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales*, norma que a la letra dice:

"Artículo 4 - El artículo 17 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

"Artículo 17. Obligatoriedad de las Cotizaciones. Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa
Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13
Teléfonos PBX
(57-1) 5186868

Atención Presencial
Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63
Puntos de atención
Bogotá (57-1) 5186868 Opción 2

Línea nacional gratuita
018000 112518
Celular
120
www.mintrabajo.gov.co



El empleo
es de todos

Mintrabajo

contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.

La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes.” (resaltado fuera de texto)

Cabe resaltar que cuando un afiliado cotiza al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, el Sistema cubre las contingencias de invalidez de origen común, vejez y muerte; por ello, cuando el afiliado ha solicitado la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos, en forma voluntaria al Fondo de Pensiones manifestando su imposibilidad de seguir cotizando, reemplaza con ello, por decirlo así, el cubrimiento de la contingencia de vejez; siendo la razón por la cual al continuar cotizando al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, ya no obtendrá la pensión de vejez, sino que cotizaría para efectos de cubrir las contingencias de invalidez de origen común o muerte, contingencias que pueden sobrevenir en el desarrollo de su relación laboral o del contrato de trabajo, no siendo incompatibles.

Sin embargo, las partes involucradas en el contrato, deben saber que en el caso de que el trabajador recibe la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos, ya no podrá obtener su pensión de vejez del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, en ese sentido las posteriores cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, en forma obligatoria se harán para el cubrimiento de otras contingencias diferentes a la que la que estos mecanismos cubrió que es la de vejez, es decir, que en este caso cubrirían la invalidez de origen común y muerte.

La Corte Constitucional, en su Jurisprudencia, ha establecido la Seguridad Social como un derecho fundamental, en Sentencia T-861 de 2014, al respecto establece:

“DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL Y PROTECCION POR MEDIO DE ACCION DE TUTELA-Reiteración de jurisprudencia

Se ha sostenido por parte de este Tribunal que, en principio, la acción de tutela es improcedente para solicitar el reconocimiento y pago de prestaciones derivadas del derecho a la seguridad social, pues para ello, el legislador ha previsto otros medios y recursos judiciales con el fin de que la autoridad competente, bien sea la jurisdicción ordinaria laboral o la contenciosa administrativa, decida los conflictos relacionados con el reconocimiento de las pensiones de vejez, invalidez, sobrevivientes o el derecho a la sustitución pensional, entre otras. Ha dicho la jurisprudencia que cuando quien acude a las vías constitucionales para solicitar se ampare su derecho a la seguridad social, se encuentra dentro

|| Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13
Teléfonos PBX
(57-1) 5186868

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63
Puntos de atención
Bogotá (57-1) 5186868 Opción 2

Línea nacional gratuita

018000 112518
Celular
120
www.mintrabajo.gov.co



del grupo de personas a quienes la Constitución les brinda una especial protección, como son, los ancianos, los niños, las mujeres embarazadas, las madres o padres cabeza de familia o las personas que padecen algún tipo de discapacidad física o mental, el estudio de procedibilidad de la acción de tutela debe realizarse con un criterio más amplio.”

En otro de sus apartes, la Alta Corporación se manifestó acerca de la posibilidad de que quien haya sustituido el cubrimiento del riesgo de vejez, al recibir para el caso la indemnización sustitutiva en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, hoy administrado por COLPENSIONES o la devolución de saldos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, RAIS, administrado por los Fondo Privados de Pensiones, puede acceder con las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, a otra pensión diferente a la que la sustitución reemplazó. La Corte al respecto manifestó:

“...
La Sala de Casación estimó que no constituye impedimento alguno para acceder a la pensión de invalidez por riesgo común, el hecho de que el afiliado hubiese recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Manifestó que, si bien, con base en lo dispuesto por el Decreto 758 de 1990, quedan excluidos del seguro obligatorio de invalidez, vejez y muerte, quienes hubiesen recibido la indemnización sustitutiva, no debe entenderse que se encuentran cobijados por dicha exclusión, quienes tienen la posibilidad de pensionarse por un riesgo distinto al que corresponde la indemnización sustitutiva.

Así, señaló que si alguien recibe la indemnización sustitutiva por la pensión de vejez, no podría pensionarse por esa contingencia, pero sí podría hacerlo por un riesgo distinto, por ejemplo, por invalidez, sobre la base de que se trata de dos prestaciones completamente diferentes, que amparan diversos riesgos, y que contienen exigencias disímiles. Lo contrario, conduciría al total desamparo del afiliado y el flagrante desconocimiento de los principios que irradian el derecho a la Seguridad Social. (resaltado fuera de texto)

Se tiene así que la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos, suple el riesgo de vejez, por decisión del trabajador afiliado, por tanto, se debe tener presente, que debido a que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, cubre también los riesgos de invalidez de origen común y la muerte, con la nueva cotización obligatoria al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, tan solo se cubriría los riesgos de invalidez de origen común y muerte, pues la pensión de vejez, en este caso se podría entender que fue sustituida con la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos.

Por ello, cuando un afiliado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, opta libremente por la decisión de recibir la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos, e ingresa al mundo laboral o continua laborando, como trabajador dependiente e independiente vinculado mediante Contrato de Trabajo o de Prestación de Servicios, tiene la obligación de aportar al Sistema de Seguridad Social

■ Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa
Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13
Teléfonos PBX
(57-1) 5186868

Atención Presencial
Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63
Puntos de atención
Bogotá (57-1) 5186868 Opción 2

Línea nacional gratuita
018000 112518
Celular
120
www.mintrabajo.gov.co



Integral: salud para el cubrimiento de los riesgos de enfermedad general, al Sistema de Riesgos Laborales, para el cubrimiento de las contingencias de accidente de trabajo o enfermedad laboral y al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, como trabajador o contratista, cubriría los riesgos de invalidez de origen común y muerte, si ellos sobrevinieron durante la ejecución del Contrato, debido a que el riesgo de vejez, fue cubierto por decisión del afiliado por la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos.

Ahora bien, respecto a la posibilidad de la terminación del contrato de trabajo de la persona que ha cumplido 62 años, pero que no completado los requisitos para acceder a la pensión de vejez, cabe resaltar que el cumplir dicha edad, no es una justa causal de terminación del contrato, las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo, se encuentran taxativamente enunciadas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, la Sala de Casación Laboral – Sala de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia expedida el 07 de febrero de 2018, Expediente No. SL375-2018, Radicación No. 43264, preciso lo siguiente:

"En consecuencia, es evidente que las justas causas están taxativamente señaladas por el legislador en el artículo 62 del CST, sin que sea permitido plantear unas nuevas o similares, pues están son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables."(subrayado y negrilla fuera de texto)

Es de señalar que la causal que sea invocada por el empleador deberá demostrarse su ocurrencia y no solo alegarla, para que no se constituya en ilegal dando lugar al pago de la indemnización contemplada por el artículo 64 del Código Sustantivo, por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa.

Así mismo el empleador deberá dar aplicación al procedimiento establecido en el reglamento interno de trabajo para garantizar el derecho a la defensa y al debido proceso del trabajador, así como manifestarle al trabajador los motivos concretos y específicos por los cuales está dando por terminado su contrato de trabajo, cumpliendo con el preaviso indicado en la normatividad laboral.

En cuanto al derecho de defensa constitucional del trabajador, cuando se pretenda su desvinculación por justa causa, la Corte Constitucional estableció en la sentencia T-293 de 2017, Referencia: expediente T-5.697.720, Magistrado Ponente Doctor Alejandro Linares Cantillo, manifestó:

DEBIDO PROCESO Y TERMINACION UNILATERAL DE CONTRATO DE TRABAJO POR EMPLEADOR TERMINACION UNILATERAL DE CONTRATO DE TRABAJO POR JUSTA CAUSA- Empleador debe garantizar el derecho de defensa del empleado

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa
Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13
Teléfonos PBX
(57-1) 5186868

Atención Presencial
Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63
Puntos de atención
Bogotá (57-1) 5186868 Opción 2

Línea nacional gratuita
018000 112518
Celular
120
www.mintrabajo.gov.co



Cuando el empleador pretenda dar por terminado unilateralmente un contrato de trabajo por justa causa, debe garantizar el derecho a la defensa del empleado, lo cual no implica que se deba surtir un debido proceso en los términos del artículo 29 de la Constitución Política, pues ello desbordaría el alcance de dicha norma, que en su misma redacción, restringe su aplicación a las actuaciones administrativas y judiciales. En este escenario, los empleadores deben asegurar el cumplimiento de los siguientes elementos: (i) la legalidad de la causal de justa causa de terminación del contrato invocada; (ii) la manifestación al trabajador acerca de los hechos concretos por los cuales va a ser despedido y (iii) la oportunidad del empleado de controvertir las imputaciones que se le hacen. De lo contrario se entiende vulnerado el derecho al debido proceso del trabajador."

No sobra indicar que a pesar de que se llegare a presentar una justa causa de despido, el empleador estará obligado a efectuar la liquidación de derechos y prestaciones sociales, esto es, el pago de salarios debidos, prestaciones sociales (prima de servicios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías), vacaciones, indemnizaciones si se causaron, y adicionalmente deberá informar al trabajador el estado de cuenta de los pagos a la seguridad social y parafiscales

Sin embargo, en caso de controversia, será la Justicia la única que a través de sus Autoridades, tiene competencia exclusiva y excluyente en la declaración de derechos y en la definición de controversias laborales, la encargada de la definición de la situación pertinente.

Adicional a ello, es necesario resaltar que la edad de una persona, no puede considerarse como un criterio válido, para acceder o mantenerse en una actividad laboral por cuanto ello implicaría un obstáculo y discriminación que de forma directa estaría desconociendo el mandato establecido en el artículo 13 de la Constitución Política que preconiza la igualdad de todas las personas ante la Ley. Tenemos así, en lo concerniente al derecho al trabajo que la Ley 931 de 2014 "Por la cual se dictan normas sobre el derecho al trabajo en condiciones de igualdad en razón de la edad.", dispone:

"ARTÍCULO 2o. PROHIBICIÓN. Ninguna persona natural o jurídica, de derecho público o privado, podrá exigir a los aspirantes a ocupar un cargo o ejercer un trabajo, cumplir con un rango de edad determinado para ser tenido en cuenta en la decisión que defina la aprobación de su aspiración laboral.

Los requisitos para acceder a un cargo que se encuentre vacante o a ejercer un trabajo deberán referirse a méritos o calidades de experiencia, profesión u ocupación. (subrayado y negrilla fuera de texto)

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13
Teléfonos PBX
(57-1) 5186868

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63
Puntos de atención
Bogotá (57-1) 5186868 Opción 2

Línea nacional gratuita

018000 112518
Celular
120
www.mintrabajo.gov.co



En ese sentido, la edad no podría instaurarse como un criterio objetivo para definir el acceso de las personas al derecho al trabajo, como tampoco para mantenerse en el desempeño de alguna actividad de tal naturaleza, y así mismo para considerar la terminación del vínculo laboral, la Corte Constitucional en la sentencia C-811 de 2014, al respecto hizo las siguientes precisiones:

“4.6. La diferencia de trato por razón de la edad como criterio semi sospechoso de discriminación. Reiteración de jurisprudencia.

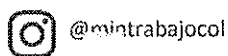
4.6.1. Este tribunal ha fijado una serie de criterios para establecer la intensidad del análisis de igualdad⁶⁴. A la luz de estos criterios una diferencia de trato por razón de la edad, prima facie, no parece ser constitucionalmente problemática⁶⁵, por cuatro razones: (i) porque la edad no es un rasgo permanente de la persona, sino que cambia con el tiempo; (ii) no ha habido en la historia prácticas de discriminación sistemáticas basadas en la edad, como sí las ha habido por razón de la raza, del sexo o del origen nacional; (iii) la edad, dada su relación con la madurez y con la condición física, no parece ser un elemento de distinción arbitrario o caprichoso⁶⁶; (iv) ni el artículo 13 de la Constitución, ni los tratados humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad, prevén a la edad como un criterio sospechoso de discriminación.

4.6.2. Si bien la edad no es un criterio sospechoso de discriminación, en algunos casos este tribunal ha constatado que existen discriminaciones por razón de la edad⁶⁷. En estos casos la diferencia de trato se funda en la circunstancia de que la persona supera una edad límite, valga decir, a pesar de tener los méritos y las calidades requeridas para un cargo o un oficio, se la discrimina por no ser suficientemente joven. Por ello, la edad tampoco puede considerarse como un criterio neutral de diferenciación.

4.6.3. En vista de las anteriores circunstancias este tribunal ha distinguido entre las exigencias de una edad mínima y las exigencias de una edad máxima, pues las primeras pueden superarse con el mero transcurso del tiempo y obedecen a la necesidad de verificar la madurez y el desarrollo físico de la persona, mientras que las segundas implican un obstáculo insuperable, pues el paso del tiempo no puede echarse atrás, ya que la superación de determinada edad es un rasgo permanente e irreversible. Por ello, su doctrina pacífica y reiterada ha sido la de que la edad, cuando se trata límites máximos, es un criterio semi sospechoso o problemático de diferenciación⁶⁸. Al tratarse de un criterio semi sospechoso, correspondería aplicar un test intermedio de igualdad⁶⁹. (subrayado y negrilla fuera de texto)

Consecuente con lo dicho anteriormente, tenemos que en el ámbito de la normatividad laboral del sector privado, no se contempla una disposición que expresamente establezca hasta cuando puede ser apta una persona para trabajar.

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa
Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13
Teléfonos PBX
(57-1) 5186868

Atención Presencial
Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63
Puntos de atención
Bogotá (57-1) 5186868 Opción 2

Línea nacional gratuita
018000 112518
Celular
120
www.mintrabajo.gov.co



El empleo
es de todos

Mintrabajo

Una situación diferente, es que consecuente con el carácter consensual y bilateral del contrato de trabajo, la normatividad laboral, prevé para la terminación del contrato, las causales objetivas, las justas causas y la terminación unilateral sin justa causa establecidas en los artículos 61, 62 y 64 respectivamente del Código Sustantivo del Trabajo, las cuales para su aplicación debe observar las consecuencias establecidas en la normatividad en todo caso siempre garantizando el derecho de defensa y contradicción del trabajador.

Para mayor información, se invita a consultar nuestra página web www.mintrabajo.gov.co, en donde entre otros aspectos de interés, se encuentra tanto la normatividad laboral como los conceptos institucionales, los cuales servirán de guía para solventar sus dudas en esta materia.

La presente consulta se expide en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el Artículo 1° de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

(ORIGINAL FIRMADO)

ADRIANA CALVACHI ARCINIEGAS

Coordinadora (T) Grupo Interno de Trabajo de Atención a Consultas en Materia Laboral de la Oficina Jurídica

Elaboró: María Teresa G. Revisó / Aprobó: Adriana C.

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13
Teléfonos PBX
(57-1) 5186868

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63
Puntos de atención
Bogotá (57-1) 5186868 Opción 2

Línea nacional gratuita

018000 112518
Celular
120
www.mintrabajo.gov.co

