



Función Pública

Sentencia 06871 de 2012 Consejo de Estado

RETIRO DEL SERVICIO POR RECONOCIMIENTO PENSIONAL - Recuento normativo y jurisprudencial / REGIMEN DE TRANSICION PENSIONAL - Permanencia en el servicio hasta la edad de retiro forzoso / PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD - Aplicación

A las personas pensionadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 o a quienes estuvieren amparados por el régimen de transición pensional, les asiste el derecho de mejorar el monto de su pensión a través de la permanencia en el servicio hasta alcanzar la edad de retiro forzoso. En efecto, el empleado tiene la expectativa de seguir vinculado con la Administración con el objetivo de mejorar sus condiciones laborales en orden a obtener una mesada pensional superior a la que se le reconocería si se retirara en forma prematura. El anterior criterio armoniza con el principio de irretroactividad de la Ley, pues si se parte de la base que constituye un derecho cierto el continuar con la relación laboral hasta el momento de cumplir la edad de retiro forzoso, se quebrantaría el aludido principio si se permitiera aplicar un nuevo precepto legal a situaciones definidas conforme a la normatividad anterior; es decir que la Ley no sólo estaría rigiendo hacia futuro sino que también surtiría efectos en el pasado sin justificación alguna y en perjuicio de los destinatarios, vulnerando, a su vez, la seguridad jurídica que se erige en presupuesto indispensable para la salvaguarda de los derechos y garantías de los asociados y la convivencia en comunidad.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2400 DE 1968 / LEY 27 DE 1992 / LEY 443 DE 1998 / LEY 909 DE 2004 / DECRETO 1950 DE 1973 / LEY 344 DE 1996 / LEY 797 DE 2003

RETIRO DEL SERVICIO POR RECONOCIMIENTO PENSIONAL - No aplica a quienes dentro del régimen de transición son beneficiarios de permanecer hasta la edad de retiro forzoso / REINTEGRO LABORAL - No procede por superar la edad de retiro forzoso / PRESTACION SOCIAL - Reconocimiento

Se concluye que la actora se encontraba cobijada por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, puesto que para su entrada en vigor contaba con más de 35 años de edad y más de 15 años de servicio y la adquisición del status pensional así como su reconocimiento, fue antes de entrar a regir la Ley 797 de 2003, esto es, mediante la Resolución No. 26740 del 20 de septiembre de 2002, en consecuencia podía permanecer en el servicio hasta cumplir con la edad de retiro forzoso, esto es hasta el 14 de noviembre de 2011. No obstante, lo ordenado por el A quo, relacionado con el reintegro al cargo desempeñado en la Entidad demandada, debe anotarse que conforme a las pruebas obrantes en el expediente la actora cuenta ya con los 65 años que limitan la posibilidad del desempeño de un cargo público, lo que torna imposible el restablecimiento deprecado, por lo que es procedente el reconocimiento de los salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales dejados de percibir los cuales deben ser pagados desde el retiro y hasta el momento en que legalmente procedía, esto es 14 de noviembre de 2011 fecha en la que cumplió los 65 años de edad, de cuyo monto se descontará el valor percibido por la actora por concepto de pensión de jubilación por parte de la Caja Nacional de Previsión Social durante el mismo lapso, ordenándose su reintegro a la mencionada Entidad de Previsión en aras de salvaguardar los recursos públicos implicados.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá, D.C., seis (6) de septiembre de dos mil doce (2012)

Rad. No.: 05001-23-31-000-2004-06871-01(2389-11)

Actor: AMPARO DEL SOCORRO CUARTAS CUARTAS

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 30 de marzo de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que accedió a las pretensiones de la demanda incoada por Amparo del Socorro Cuartas Cuartas contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

LA DEMANDA

AMPARO DEL SOCORRO CUARTAS CUARTAS, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo de Antioquia declarar la nulidad del siguiente acto:

- Resolución No. 03817 de 12 de mayo de 2004, proferida por el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales, que dio por terminada la relación legal y reglamentaria que ostentaba con dicha Entidad la señora Amparo del Socorro Cuartas Cuartas, a partir del 1° de junio de 2004.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad accionada a:

- Reintegrarla al cargo que desempeñaba al momento de su desvinculación declarándose no haber interrupción laboral.
- Reconocerle el pago de todos los perjuicios causados como consecuencia de la expedición del acto administrativo acusado.
- Pagarle los salarios, prestaciones sociales, bonificaciones, y demás derechos laborales dejados de percibir desde la fecha de su retiro hasta el día en que se haga efectivo el pago.
- Declarar para todos los efectos legales y prestacionales, que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio, desde la fecha de su desvinculación y la fecha de cumplimiento del reintegro del cargo.
- En caso de que no haya reintegro, pagar el valor de la indemnización correspondiente, debidamente indexada y actualizada.
- Pagar la condena en costas que se le imponga.

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

La señora Amparo del Socorro Cuartas prestó sus servicios a la DIAN, desde el 6 de noviembre de 1969 hasta el 1° de junio de 2004. El último cargo desempeñado fue el de mecanógrafa (sic).

Fue retirada del servicio, a través de la Resolución No. 03817 de 12 de mayo de 2004 en consideración a que CAJANAL le había reconocido su pensión de vejez, dando aplicación al parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003. En efecto, la actora nació el 14 de noviembre de 1946, es decir que al momento de su desvinculación contaba con 57 años de edad.

El salario mensual promedio devengado durante el último año corresponde a la suma de \$1.684.564; sin embargo, el beneficio pensional se reconoció en cuantía \$433.925,75, correspondiendo a la tercera parte de su salario mensual.

La accionante obtuvo calificación satisfactoria en la última Evaluación del Desempeño Laboral. Además, se encontraba inscrita en el sistema de carrera administrativa, situación que le confería el derecho a permanecer en el servicio hasta cuando cumpliera la edad de retiro forzoso.

A la actora no se le podía aplicar la Ley 797 de 2003 por ser una pensión especial de 20 años de servicio y 50 años de edad, siendo entonces el retiro del empleo solicitado por ella misma y no como causa alegada por la Institución, como en efecto se hizo y teniendo como edad para el retiro forzoso la de los 65 años.

El acto administrativo al cual se solicita la nulidad es concebido como ilegal, toda vez que la Ley laboral no es retroactiva cuando le resulta desfavorable al empleado, pues la demandante adquirió el status pensional desde 1996, por tanto le sería aplicable la Ley 100 de 1993 en su artículo 150 parágrafo (...).

LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, los artículos 1°, 2°, 4°, 15, 23, 25, 29, 53, 58 y 125.

De la Ley 33 de 1985, el artículo 1°.

La Ley 100 de 1993.

De la Ley 344 de 1996, el artículo 19.

De la Ley 797 de 2003, el artículo 17.

La parte demandante consideró que el acto acusado estaba viciado de nulidad, por las siguientes razones:

La Ley 33 de 1985 en su artículo 1° consagra el retiro forzoso para los empleados públicos teniendo en cuenta las condiciones de tiempo de servicio y edad, lo cual indica que la actora tendría derecho a laborar hasta los 65 años cuando se configuraría el retiro forzoso.

La Ley 344 de 1996, en su artículo 19 consagra igualmente el retiro forzoso para el servidor público en los siguientes términos: *“el servidor público que adquiera su derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación, podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla de edad de retiro forzoso (...)”*; ley que continua vigente y es de total aplicación a todos los servidores públicos, pues en

ningún momento la Ley 797 de 2003, entró a derogar las Leyes especiales para quienes prestan su servicio laboral en las entidades públicas.

El artículo 17 de la Ley 797 de 2003, bajo el cual se motivó el acto administrativo que se demanda, fue posterior a la resolución por medio de la cual CAJANAL reconoció el derecho pensional a la actora, y la Ley frente al acto demandado no puede tener efecto retroactivo por el nominador, al tomar de manera traumática la decisión de retirarla del servicio, pues quebranta ostensiblemente las normas establecidas por el legislador.

Ahora bien, la normatividad vigente con anterioridad a la expedición de la referida Ley, previó la estabilidad en el empleo para los servidores públicos inscritos en el sistema de carrera administrativa, como es el caso de la señora Amparo del Socorro Cuartas Cuartas, quien podría desempeñarse en su cargo hasta llegar a la edad de retiro forzoso, esto es los 65 años, si no habían incurrido en faltas disciplinarias que hubieren dado lugar a su destitución. Esta vocación de permanencia constituye un derecho adquirido y, por lo tanto, no puede ser desconocido por normas posteriores.

En este orden de ideas, a la accionante le asistía el derecho a permanecer en el empleo hasta el momento de cumplir la edad de retiro forzoso y, por lo tanto no podía ser retirada del servicio so pretexto de habérsele reconocido la pensión de jubilación.

Además, la decisión adoptada por la entidad accionada le desconoció la prerrogativa de seguir trabajando con el fin de obtener mejores condiciones laborales que repercutieran favorablemente en la cuantía de la mesada pensional que se le reconociera posteriormente, pues la que devenga corresponde a un tercio del salario percibido, situación que, a su vez, le produjo perjuicios morales consistentes en el sufrimiento que le causó intempestivamente, de percibir su ingreso mensual en forma completa y con el cual sufragaba las necesidades cotidianas de su hogar.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad accionada ejerció su derecho de contradicción frente a la acción incoada, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos (Fls. 42 a 52):

La Ley 797 de 2003, en virtud de la cual se dispuso el retiro del servicio de la accionante, derogó tácitamente aquellas disposiciones que establecía que no podían retirarse los servidores públicos a quienes se les hubiese reconocido su pensión, antes de llegar a la edad de retiro forzoso. En consecuencia las meras expectativas no se pueden invocar como materializadas con la entrada en vigencia de la Ley mencionada, por lo tanto, el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 y el artículo 19 de la Ley 344 de 1996 fueron derogados tácitamente.

La Resolución No. 03817 de 12 de mayo de 2004, fue proferida de conformidad con lo establecido en el artículo 105 numeral 6º del Decreto 1950 de 1973, el parágrafo 3 del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, el artículo 4º de la Ley 860 de 2003 y en uso de la facultad conferida en el literal c) de los artículos 75 y 77 del Decreto 1072 de 1999 y no bajo el artículo 17 de la Ley 797 como erróneamente se planteó en la demanda.

La DIAN retiró del servicio a la actora por habérsele reconocido por parte de CAJANAL la pensión vitalicia y estar incluida en nómina de acuerdo con el Oficio de 29 de abril de 2004, lo cual constituye una justa causa para terminar la relación legal o reglamentaria.

No es cierto que la actora tendría derecho a laborar hasta la edad de retiro forzoso, pues una cosa es el cómputo de la edad y el tiempo de servicio para acceder a la pensión y otra muy distinta la prohibición legal de retirar a los servidores públicos antes de la edad de retiro forzoso, prohibición que desapareció con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 y que no constituía un derecho adquirido o una situación jurídica consolidada sino una mera expectativa.

Como excepción propone la caducidad de la acción, por cuanto la notificación de la funcionaria se produjo el 21 de mayo de 2004, fecha a partir de la cual empezaron a correr los términos de prescripción de la acción, los cuales vencieron el 21 de septiembre de 2004 y la demanda fue presentada el 28 de septiembre de 2004 habiéndose presentado el fenómeno de la caducidad.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante sentencia de 30 de marzo de 2011, accedió a las pretensiones de la demanda con los siguientes argumentos (Fls. 193 a 200):

La excepción de *“Caducidad de la acción”*, propuesta por la parte demandada, frente a la Resolución No. 03817 de 12 de mayo de 2004 proferida por la DIAN, fue notificada a la señora Amparo del Socorro Cuartas Cuartas el 21 de mayo de 2004 según consta a folio 87 del expediente, sin embargo esta fecha no será tomada en cuenta por cuanto su ejecución sólo ocurrió el 1º de junio de 2004 de acuerdo con la parte resolutoria fecha a partir de la cual empieza a correr el término de caducidad de la acción, es decir que el derecho caducaría el 4 de octubre de 2004 (...), concluyendo que la demanda se presentó dentro del término establecido en la Ley para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en consecuencia no prosperará la excepción de caducidad de la acción.

El artículo 1º de la Ley 797 de 2003 establece que *“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional”*, conserva y respeta los derechos y garantías adquiridos conforme a disposiciones anteriores, para quienes *“a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general”*. Así las cosas, esta norma se aplica a las entidades públicas.

La Resolución No. 26740 de 20 de septiembre de 2002, proferida por el Subdirector General de Prestaciones Económicas de CAJANAL reconoce y ordena el pago de la pensión de jubilación a la señora Amparo del Socorro Cuartas Cuartas y en ella se informa que adquirió el status jurídico el

14 de noviembre de 1996. Contra el acto administrativo, se interpusieron los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron resueltos mediante las Resoluciones Nos. 12486 de 4 de julio de 2003 y 003150 de 15 de abril de 2004 respectivamente, es decir que para el 12 de mayo de 2004, fecha de expedición de la Resolución No. 03817 ya se había definido la decisión de otorgar y ordenar el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez a favor de la señora Amparo del Socorro Cuartas Cuartas. No obstante la existencia del acto administrativo que ordenaba el reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de vejez, la demandante seguía laborando cuando la DIAN determinó su retiro del servicio el 1º de junio de 2004.

De acuerdo con lo anterior el beneficio y pago del derecho pensional realizado a la demandante se consolidó el 14 de noviembre de 1996, por lo cual, al encontrarse en el régimen de transición y habiendo sido éste consolidado en vigencia de la Ley 100 de 1993, el retiro de la señora Amparo del Socorro Cuartas Cuartas se rige por lo dispuesto en el artículo 100 de esta norma teniendo derecho a permanecer en el servicio y mejorar la cuantía de su pensión.

Por lo tanto las modificaciones a la Ley 100 de 1993 establecidas en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 no se aplican a la demandante por cuanto el 29 de enero de 2003, fecha en que empezó a regir la Ley 797 de 2003 la situación jurídica pensional de la señora Amparo del Socorro Cuartas Cuartas ya se encontraba amparada en el régimen de transición.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Dentro de la oportunidad legal el demandado interpuso y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia del A - *quo*, mediante escrito en el que solicitó se revoque el fallo de 30 de marzo de 2011 y, en su lugar, se nieguen las súplicas de la demanda por las siguientes razones (fls. 202 a 205):

No es de recibo la posición adoptada por el A *quo*, toda vez que la disposición contenida en el párrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003 puede regular el caso de la actora.

Lo previsto en el artículo 150 de la Ley 100 de 1993 en cuanto a permanecer en el empleo hasta la edad de retiro forzoso, fue derogado tácitamente por la Ley 797 de 2003, en tanto su artículo 24 dispuso la derogatoria de las normas que le fueran contrarias, razón por la que la citada disposición no ampara derecho alguno a la demandante.

No es cierto que la actora tenga un derecho adquirido y mucho menos una situación jurídica consolidada, pues la edad de retiro forzoso es una mera expectativa, modificable en todo caso por el legislador al expedir la Ley 797 de 2003, razón por la que era procedente su retiro, más cuando el único condicionamiento que hace la norma es que el empleado pensionado se le haya incluido en nómina.

Finalmente citó el fallo del M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación No. 250002325000200406145 01 (2533-07), Actor: Alcides Borbón Suescún.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico por resolver se contrae a determinar si la demandante tenía derecho a permanecer en el cargo de Técnico en Ingresos Públicos II, Nivel 26, Grado 12¹, que desempeñaba en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, a pesar de que tuviera reconocida su pensión de vejez, y hasta la edad de retiro forzoso, o si por el contrario resultaba válido su retiro con fundamento en la facultad otorgada a la Administración mediante el párrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

Con el objeto de resolver el problema expuesto, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

- De conformidad con el acervo probatorio², la señora Amparo del Socorro Cuartas Cuartas nació el 14 de noviembre de 1946 (fl. 3).
- Ingresó a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales el 6 de noviembre de 1969 (fl. 19).
- En la Evaluación del Desempeño Laboral realizada por el período comprendido entre el 1 de febrero de 2003 y el 31 de enero de 2004, la actora obtuvo calificación satisfactoria. En dicho documento se indicó que *"Su nota FINAL se encuentra dentro del grado de valoración: SUPERIOR."* (Fls. 92 a 96).
- La Caja Nacional de Previsión Social mediante Resolución No. 26740 de 20 de septiembre de 2002, reconoció a la señora Amparo del Socorro Cuartas Cuartas la pensión vitalicia de vejez, indicando en ésta que el status pensional lo adquirió el 14 de noviembre de 1996. (fls. 2 a 4)
- Contra la resolución que reconoció la pensión se interpuso el recurso de reposición, siendo resuelto mediante Resolución No. 12486 de 4 de julio de 2003 la cual modificó la parte motiva y resolutive de la Resolución No. 26740 de 20 de septiembre de 2002, en lo atinente a la efectividad que es a partir del 1º de junio de 2002 y confirmó las demás partes (fls. 6 a 9).
- En contra de la anterior decisión la demandada interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto mediante Resolución No. 003150 de 15 de abril de 2004, en la que el Jefe de la Oficina Jurídica de la Caja Nacional de Previsión, confirmó la Resolución No. 26740 de 20 de septiembre de 2002 y la 12486 de 4 de julio de 2003 (fl. 12 a 14).
- El 12 de mayo de 2004, mediante la Resolución No. 03817, el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales retiró del servicio a la

demandante, a partir del 1º de junio de 2004, “por habersele reconocido la pensión de vejez”, de conformidad con lo dispuesto por el párrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003 (fls. 19 a 20).

De acuerdo con el anterior acervo probatorio, la Sala desatará la controversia teniendo en cuenta: (I) el marco normativo; (II) Las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la facultad de la Administración de retirar a sus servidores públicos una vez se les ha reconocido la pensión de jubilación, y (III) Del caso en concreto.

(i) Marco normativo del retiro del servicio originado en el reconocimiento pensional.

El artículo 53 de la Constitución Política, dispone:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.”.

El artículo 25 del Decreto 2400 de 1968, modificado por el artículo 1º del Decreto 3074 del mismo año, estableció como causales de cesación definitiva de las funciones, las siguientes:

“ARTICULO 25. La cesación definitiva de funciones se produce en los siguientes casos:

(...)

d. Por retiro con derecho a jubilación;

(...)

f. Por edad;

(...).”.

En consonancia con el anterior precepto, el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, estableció la edad de retiro forzoso así:

“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 la edad, se harán acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos. Exceptúanse de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2 del artículo 29 de este Decreto.”.

En similares términos, el artículo 105 del Decreto 1950 de 1973 dispuso:

“ARTICULO 105. El retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de funciones públicas y se produce:

(...)

5. Por edad.

6. Por retiro con derecho a pensión de jubilación.

(...).”.

En consonancia con lo anterior, el artículo 120 del Decreto 1950 de 1973, preceptuó que el empleado que tuviera derecho a pensión de jubilación o llegara a la edad de retiro, estaba obligado a comunicarlo a la autoridad nominadora, tan pronto cumpliera los requisitos, so pena de incurrir en causal de mala conducta.

Entre tanto, el inciso tercero del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, precisó:

“En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.”.

Por su parte, el artículo 7° de la Ley 27 de 1992, *“Por la cual se desarrolla el artículo 125 de la Constitución Política, se expiden normas sobre administración de personal al servicio del Estado, se otorgan unas facultades y se dictan otras disposiciones”*, dispuso:

“ARTÍCULO 7. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de los empleados de carrera, se produce en los siguientes casos:

(...)

d) Por retiro con derecho a jubilación;

(...)

f) Por edad de retiro forzoso;

(...).”.

Posteriormente, tanto el párrafo tercero del artículo 33 como el párrafo del artículo 150 de la Ley 100 de 1993, prescribieron:

“ARTÍCULO 33. Para tener derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

(...)

PARÁGRAFO 3. No obstante el requisito establecido en el numeral dos (2) de este artículo, cuando el trabajador lo estime conveniente, podrá seguir trabajando y cotizando durante 5 años más, ya sea para aumentar el monto de la pensión o para completar los requisitos si fuere el caso.

(...)

ARTÍCULO 150. RELIQUIDACIÓN DEL MONTO DE LA PENSIÓN PARA FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS. Los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación y que no se hayan retirado del cargo, tendrán derecho a que se les reliquide el ingreso base para calcular la pensión, incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución.

PARÁGRAFO. No podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el sólo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso.”. (Resalta la Sala).

A su turno, el artículo 19 de la Ley 344 de 1996 estableció:

“ARTÍCULO 19. Sin perjuicio de lo estipulado en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, el servidor público que adquiera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso. Los docentes universitarios podrán hacerlo hasta por diez años más. La asignación pensional se empezará a pagar solamente después de haberse producido la terminación de sus servicios en dichas instituciones.”.

A su vez, el artículo 37 de la Ley 443 de 1998, *“Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”*, preceptuó:

“ARTICULO 37. CAUSALES. El retiro del servicio de los empleados de carrera se produce en los siguientes casos:

(...)

c) Por retiro con derecho a jubilación;

(...)

e) Por edad de retiro forzoso;

(...).”.

Es oportuno anotar que desde el Decreto 2400 de 1968, la edad de retiro forzoso es de 65 años, pues el artículo 14 de la Ley 490 de 1998, que la extendió a 70 años, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-644 de 1999, por carecer de unidad normativa con el objeto de la referida Ley.

Ahora bien, 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”*, en el párrafo 3° de su artículo 9° dispuso lo siguiente:

"(...)

PARÁGRAFO 3. Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo 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."*³.

A su vez, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, estableció:

"ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

(...)

e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez⁴;

(...)

g) Por edad de retiro forzoso;

(...).".

Ahora bien, de la lectura del parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, se concluye:

a) La causal de retiro se configura cuando "sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones", disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-1037 de 2003, "siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente."

b) Por disposición expresa de la Ley, esta causal de retiro es aplicable a los empleados públicos.

c) La causal de retiro en referencia, viene determinada por el término "podrá", es decir que constituye una opción y a la vez una potestad radicada en cabeza del empleador, por lo cual, su ejercicio no tiene un plazo o término específico y, por ello, el empleado al que se le ha reconocido la pensión, puede permanecer en el cargo hasta cuando el empleador disponga su retiro amparado en dicha causal; claro está que al trabajador le asiste la posibilidad de presentar su renuncia voluntaria al ejercicio del cargo.

Igualmente, de acuerdo con la norma objeto de análisis, cuando el empleador observa que el empleado ha cumplido los requisitos para pensionarse, pero aún no ha solicitado la pensión, tiene la facultad de "solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel".

Así las cosas, el empleador puede hacer efectiva la causal de retiro por derecho a pensión, cuando se hayan cumplido los requisitos de reconocimiento, notificación e inclusión en nómina, si así lo considera conveniente a los fines del servicio y a las necesidades de acceso a los cargos por parte de las nuevas generaciones.

d) Esta causal de retiro, hace parte de la cláusula general de competencia del legislador, por lo cual su institucionalización es constitucionalmente válida e inclusive ajustada al derecho de los ciudadanos de acceder en igualdad de condiciones a los cargos públicos. Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado⁵:

"En consecuencia, compete al Legislador, en ejercicio de la potestad de configuración política, determinar las demás causales de terminación de las relaciones laborales públicas y privadas, respetando los límites, principios y valores constitucionales. Por tanto, la regulación prevista en el parágrafo 3° del artículo 9° de Ley 797 de 2003, al establecer una causal de terminación de la relación laboral, tiene amparo constitucional, si se entiende como más adelante se indicará.

8.- En ese orden ideas, cuando un trabajador particular o un servidor público han laborado durante el tiempo necesario para acceder a la pensión, es objetivo y razonable que se prevea la terminación de su relación laboral. Por un lado, esa persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión, como contraprestación de los ahorros efectuados durante su vida laboral y como medio para gozar del descanso, en condiciones dignas, cuando la disminución de su producción laboral es evidente. Por otro lado, crea la posibilidad de que el cargo que ocupaba sea copado por otra persona, haciendo efectiva el acceso en igualdad de condiciones de otras personas a esos cargos, pues no puede perderse de vista que los cargos públicos no son patrimonio de las personas que lo ocupan."

(ii) De las directrices jurisprudenciales trazadas en la materia.

Respecto del párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003⁶, se han suscitado diversas discusiones en torno a la posibilidad que tiene la Administración de desvincular a los servidores públicos que tuvieran reconocida la pensión de vejez por haber reunido los requisitos de edad y tiempo de servicios exigidos para el efecto, sin importar que no hubieren cumplido la edad de retiro forzoso.

Así, en un primer momento esta Corporación manifestó que era viable materializar en la práctica tal prerrogativa, toda vez que el legislador derogó tácitamente los artículos 150 de la Ley 100 de 1993 y 19 de la Ley 344 de 1996. De igual modo, se manifestó que ello no reñía con el régimen de transición pensional, pues éste concernía al reconocimiento pensional, mientras que la nueva disposición introducía una nueva causal de retiro del servicio⁷.

Bajo el anterior entendimiento se consideró que las entidades públicas estaban facultadas legalmente para desvincular a sus empleados una vez se les hubiera reconocido la pensión de vejez, pero siempre y cuando hubieren sido incluidos en la nómina de pensionados, pues la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del referido mandato indicó que no podía existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y el pago de la mesada pensional con el objetivo de garantizarle al trabajador y a sus dependientes los ingresos mínimos vitales⁸.

Sin embargo, la Sección Segunda del Consejo de Estado estudió nuevamente el alcance del párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, en consonancia con el régimen de transición pensional creado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, concluyendo lo siguiente⁹:

"(...) habrá que precisar que hacen parte del régimen de transición la totalidad de elementos con capacidad de determinar o influir el valor de la pensión y que dentro del ámbito del régimen de transición hayan tenido vocación jurídica para estructurar y consolidar en cada caso una determinada situación. En efecto, integran el régimen de transición el derecho a permanecer en el empleo hasta la edad de retiro forzoso - asunto precisamente debatido en esta causa-, porque esta prerrogativa es particularmente incidente en la fijación del valor del monto pensional, o en algunos casos, el derecho a obtener la liquidación del valor de la pensión a partir de la totalidad de los ingresos percibidos de forma mensual sin descontar aquellos en los que estrictamente se hicieron aportes conforme al régimen anterior, de manera que la integración de este elemento en los regímenes de transición se completa con todos aquellos que de manera directa tienen capacidad para determinar el valor de la liquidación o reliquidación pensional, por lo que el fallador debe abarcar su análisis para identificar en cada caso el derecho a la transición más allá del mero contenido descriptivo de la norma al fijar los condicionantes para el cálculo del quantum pensional.

En esta perspectiva, la aplicación de la Ley 797 de 2003 en su artículo 9° párrafo 3°, en cuanto estipula como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal y reglamentaria el cumplimiento de los requisitos establecidos para tener derecho a la pensión, se supedita al respeto del derecho de transición en el componente que examinamos, pues si el empleado consolidó sus derechos atendiendo la posibilidad de diferir el goce de su pensión y acceder a la reliquidación del monto de pensión prevista en el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, es indiscutible que por efecto del derecho a la transición: i) podrá quedarse en el empleo para reajustar su derecho pensional más allá de la fecha en que se le notificó el acto administrativo que reconoce su derecho a la pensión de jubilación, y ii) no podrá ser obligado a retirarse por el solo hecho de haberse expedido a su favor resolución de jubilación si no ha llegado a la edad de retiro forzoso, toda vez que el derecho a la transición y la concreción del derecho pensional a la luz del mismo, le preservan y habilitan la posibilidad de reliquidar el valor de su pensión en los eventos allí determinados.

En estas condiciones el componente económico del derecho de transición, convoca en su estructura a otras normas que ciertamente poseen relación directa con los elementos integradores del mismo, sin que el fallador pueda alegar una situación de derogatoria de la Ley como pretexto para desconocer los alcances de un régimen de transición configurado y habilitado por el propio Legislador. Aquí sin duda milita una situación de confianza legítima que el orden jurídico no puede desconocer."

En este orden de ideas, se rectificó la posición asumida en un principio por la Corporación, según la cual todos los servidores públicos podían ser desvinculados del servicio oficial una vez tuvieran reconocida su pensión de jubilación y se encontraran dentro de la nómina de pensionados, sin consideración adicional alguna.

Así las cosas, a las personas pensionadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 o a quienes estuvieren amparados por el régimen de transición pensional, les asiste el derecho de mejorar el monto de su pensión a través de la permanencia en el servicio hasta alcanzar la edad de retiro forzoso. En efecto, el empleado tiene la expectativa de seguir vinculado con la Administración con el objetivo de mejorar sus condiciones laborales en orden a obtener una mesada pensional superior a la que se le reconocería si se retirara en forma prematura.

El anterior criterio armoniza con el principio de irretroactividad de la Ley, pues si se parte de la base que constituye un derecho cierto el continuar con la relación laboral hasta el momento de cumplir la edad de retiro forzoso, se quebrantaría el aludido principio si se permitiera aplicar un nuevo precepto legal a situaciones definidas conforme a la normatividad anterior; es decir que la Ley no sólo estaría rigiendo hacia futuro sino que también surtiría efectos en el pasado sin justificación alguna y en perjuicio de los destinatarios, vulnerando, a su vez, la seguridad jurídica que se erige en presupuesto indispensable para la salvaguarda de los derechos y garantías de los asociados y la convivencia en comunidad.

(iii) Del caso concreto.

En el *sub lite*, se encuentra acreditado que el derecho pensional de la demandante se concretó el 14 de noviembre de 1996 teniendo en cuenta que a esa fecha contaba con 27 años de servicio ó 50 años de edad, quien optó por continuar laborando hasta el momento en que se produjo su

retiro del servicio.

De otra parte, la actora al encontrarse dentro del régimen de transición y habiendo consolidado su derecho pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, el retiro del servicio *[que involucra la posibilidad de mejoramiento del derecho pensional a partir de los sueldos devengados con posterioridad]*, válidamente se encuentra regido por lo dispuesto en el artículo 150 de dicho ordenamiento, dado que esta norma es más favorable, la cual *dispone que los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación y que no se hayan retirado del cargo, tendrán derecho a que se les reliquide el ingreso base para calcular la pensión, incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución*”, precisando además en su párrafo único, que *“no podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el sólo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso”*.

En consecuencia, la aplicación del párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 debe respetar los derechos emanados del régimen de transición y los provenientes del régimen general adquiridos con anterioridad a la entrada en vigencia de la citada Ley, de modo que se respeten las condiciones en las cuales la accionante adquirió su derecho, y de otra parte que se respete la garantía de quienes tienen la posibilidad de prorrogar el goce de su pensión y acceder a la reliquidación del monto de la misma, prevista en el artículo 150 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, se concluye que la actora se encontraba cobijada por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, puesto que para su entrada en vigor contaba con más de 35 años de edad y más de 15 años de servicio y la adquisición del status pensional así como su reconocimiento, fue antes de entrar a regir la Ley 797 de 2003, esto es, mediante la Resolución No. 26740 del 20 de septiembre de 2002, en consecuencia podía permanecer en el servicio hasta cumplir con la edad de retiro forzoso, esto es hasta el 14 de noviembre de 2011.

No obstante, lo ordenado por el *A quo*, relacionado con el reintegro al cargo desempeñado en la Entidad demandada, debe anotarse que conforme a las pruebas obrantes en el expediente la señora Amparo del Socorro Cuartas Cuartas cuenta ya con los 65 años¹⁰ que limitan la posibilidad del desempeño de un cargo público, lo que torna imposible el restablecimiento deprecado, por lo que es procedente el reconocimiento de los salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales dejados de percibir los cuales deben ser pagados desde el retiro y hasta el momento en que legalmente procedía, esto es 14 de noviembre de 2011 fecha en la que cumplió los 65 años de edad, de cuyo monto se descontará el valor percibido por la actora por concepto de pensión de jubilación por parte de la Caja Nacional de Previsión Social durante el mismo lapso, ordenándose su reintegro a la mencionada Entidad de Previsión en aras de salvaguardar los recursos públicos implicados.

El referido descuento en ningún momento pugna con la decisión de 29 de enero de 2008¹¹, en la cual esta Corporación manifestó que cuando se decretaba la nulidad del acto administrativo por medio del cual se disponía el retiro del servicio de un servidor público, pero, a su turno, y mientras se surtía el trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, aquél se volvía a vincular con la Administración no podía ordenarse el descuento de lo percibido en el nuevo empleo, pues en dichos casos *“[E]l pago ordenado como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de retiro ostenta un carácter indemnizatorio”*, mientras que en el *sub júdice* se trata de garantizarle a la demandante la posibilidad de permanecer en el servicio hasta llegar a la edad de retiro forzoso en orden a proteger su expectativa de mejorar su mesada pensional, es decir que la presente decisión es plenamente congruente tanto con las pretensiones de la demanda como con la naturaleza del restablecimiento ordenado y atiende a los contornos particulares y diferenciadores del caso concreto que impiden darle una aplicación irrestricta a la mencionada providencia.

Igualmente, se comparte la decisión del *A quo* en cuanto le ordenó a la demandada, efectuar los aportes a pensión dejados de cotizar durante el lapso enunciado, descontando de las sumas adeudadas a la accionante el porcentaje que de ello le corresponda a ésta, a fin de que pueda efectuarse la reliquidación pensional respectiva por la Caja de Previsión.

Así las cosas, el proveído impugnado será aclarado en el sentido de indicar que en los numerales Cuarto, Sexto y Séptimo de la providencia objetada, no se entenderá la fecha del reintegro como fecha límite del restablecimiento del derecho sino la fecha en que la señora Amparo del Socorro Cuartas Cuartas cumplió la edad de retiro forzoso, esto es, el 14 de noviembre de 2011.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 30 de marzo de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que accedió a las pretensiones de la demanda incoada por Amparo del Socorro Cuartas Cuartas contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

ACLÁRASE el proveído impugnado en el sentido de indicar que no procederá el reintegro por haber cumplido la actora la edad de retiro forzoso, por lo cual el restablecimiento del derecho ordenado se limitará hasta dicha fecha, esto es el 14 de noviembre de 2011.

RECONÓCESE personería al abogado Marco Alejandro Aponte Patiño, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.485.865 de Bogotá y tarjeta profesional No. 78.265 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la entidad demandada, en los términos y para los efectos conferidos en el poder obrante a folio 242 del expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. GERARDO ARENAS MONSALVE

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. GERARDO ARENAS MONSALVE

Radicación número: 05001-23-31-000-2004-06871-01(2389-11)

Actor: AMPARO DEL SOCORRO CUARTAS CUARTAS

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Sala, procedo a manifestar las razones por las cuales no comparto la decisión tomada por mayoría en el proceso de la referencia.

Se trata de un caso en el cual la entidad empleadora (DIAN) dio por terminada la relación legal y reglamentaria de una empleada pública a su servicio, mediante resolución cuya legalidad fue posteriormente demandada ante esta jurisdicción. La demandante, inscrita en carrera administrativa, laboró desde el 6 de noviembre de 1969 hasta el 1° de junio de 2004, y al momento de su desvinculación contaba con 57 años de edad. La resolución de retiro se basó en el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 que establece el reconocimiento de la pensión como “justa causa” de finalización del vínculo laboral.

La efectividad del reconocimiento pensional se produjo a partir del 1° de junio de 2002, luego de haberse interpuesto recursos gubernativos contra decisiones anteriores. La funcionaria siguió laborando y el 12 de mayo de 2004 fue retirada por la causal indicada.

La sentencia de la cual me aparto hace el recuento de la posición de la Sala en este tema de la aplicación de la causal del retiro por pensión. En dicho recuento señala cómo la Sub Sección B había señalado, en sentencia de agosto 6 de 2009 (Rad. 0164-08) -con ponencia del suscrito-, que resultaba plenamente válida la aplicación a la nueva causal de retiro establecida en la Ley 797 por reconocimiento de la pensión, aún si el empleado no hubiera cumplido la edad de retiro forzoso, pues debía entenderse tácitamente derogado el artículo 150 de la Ley 100 de 1993. La validez de dicha causal se origina en que la norma que la estableció tiene plena vigencia y fue declarada exequible por la Corte Constitucional.

Como es bien sabido, vino luego la sentencia de la Sección Segunda en pleno del 4 de agosto de 2010 (Rad. 2533-07) en la cual se argumentó que quienes estuvieran cobijados por el régimen de transición pensional estaban exentos de la aplicación de la norma de la Ley 797 en cuanto al retiro por reconocimiento de pensión. El suscrito aclaró su voto por estimar que, pese a no compartir la nueva tesis de la Sección, en casos como el que se decidió en esa sentencia, en los cuales el cumplimiento de requisitos pensionales fue anterior a la Ley 797, no podía darse aplicación a la nueva norma, por una sencilla razón de aplicación de la ley en el tiempo.

Si bien en el caso que ahora se decide también se habían cumplido requisitos pensionales antes de la expedición de la Ley 797, las dos Subsecciones de la Sección Segunda siguen resolviendo procesos en los cuales se debate este punto de la causal de retiro por pensión de la Ley 797 de 2003, mediante sentencias en las cuales el argumento principal es la inaplicación de la causal de retiro, con argumentos generales de favorabilidad laboral y de vigencia del artículo 150 de la Ley 100, independientemente de que el cumplimiento de los requisitos pensionales se haya producido antes o después de la Ley 797.

En ese contexto, por lo tanto, estimo que debo salvar el voto para ser consecuente con la tesis que vengo sosteniendo en relación con este importante tema. Las razones de mi discrepancia en el punto se sintetizan en los siguientes argumentos.

I. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la Ley 797, en el parágrafo 3° del art. 9° modificó en lo pertinente el artículo 33 de la Ley 100 para señalar, de forma inequívoca, que constituye “justa causa” para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal y reglamentaria, el que el trabajador o empleado obtenga el reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez. La sentencia C-1037 de 2003 de la Corte Constitucional declaró exequible esa disposición condicionada a que se incluya al trabajador o empleado en la respectiva nómina de pensionados.

Lo anterior significa que la imperatividad de la ley que ha sido declarada ajustada a la Constitución se impone al intérprete y de manera especial

a todo juez. En ese orden de ideas, debió la Sala acoger la interpretación que permite dar aplicación a la norma y no acudir a interpretaciones que la hagan inaplicable.

II. En segundo lugar, no considero válidas las razones de la sentencia de la Sala de Sección de la Sección Segunda del 4 de agosto de 2010, en el sentido de que esta causal no se aplica a la situación de las personas que son beneficiarias del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues hay por lo menos dos razones para rechazar esa interpretación: la primera es que la causal de terminación del vínculo laboral por pensión no quedó condicionada a qué tipo de pensión obtenga el empleado o trabajador, de modo que es aplicable también a las personas que obtienen su pensión como beneficiarios del régimen de transición. Y la segunda razón está en que la norma que consagra el régimen de transición señala que éste se remite al régimen anterior en cuanto a “la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión”, de modo que no regula ningún aspecto relativo a la terminación del vínculo laboral. Por el contrario, la norma es explícita en señalar que las demás condiciones y requisitos de las pensiones de los sujetos del régimen de transición se regirán por la nueva ley, es decir, la Ley 100; y la Ley 797 modificó en lo pertinente la Ley 100, de modo que no hay razones normativas para acoger la interpretación que propone la mayoría de la Sala.

III. Hay un tercer grupo de razones para apartarse de la interpretación mayoritaria: se trata del debate sobre la vigencia del artículo 150 de la Ley 100, que originalmente garantizaba a los servidores públicos que no podrían ser retirados por el hecho de haberse reconocido el derecho a la pensión hasta que cumplieran la edad de retiro forzoso.

En efecto, esa norma estaba en armonía con el original artículo 33 de la Ley 100, el cual consagraba -en su parágrafo 3°- la posibilidad, para todos los afiliados al régimen de prima media, de no ser retirados por reconocimiento de pensión, pese al cumplimiento de requisitos pensionales, hasta por el término de cinco (5) años más. Una consecuencia de esa regla general, específica para los servidores públicos, se consagró en el artículo 150 de la misma Ley 100, señalando que éstos no podían ser retirados del servicio por cumplir requisitos pensionales, mientras no llegaran a la edad de retiro forzoso.

Pues bien, con la expedición de la Ley 797 de 2003, se cambió la redacción del citado parágrafo 3° del artículo 33 de la Ley 100, por el texto que dispuso la nueva justa causa de terminación del vínculo laboral por el reconocimiento del derecho pensional. Es claro, en consecuencia, que también fue derogado, aunque tácitamente, el artículo 150 de la Ley 100 que permitía a los servidores públicos continuar laborado a pesar del cumplimiento de requisitos pensionales, hasta la edad de retiro forzoso.

Con otras palabras, fue voluntad expresa del legislador permitir el retiro del servicio, por decisión del empleador, tanto en el sector público como en el privado, cuando se hubiere obtenido el reconocimiento pensional.

IV. Ahora bien, -y este es el cuarto y último grupo de razones para no compartir la tesis mayoritaria de la Sala- esa voluntad legislativa, interpretada a la luz del derecho contemporáneo, no puede considerarse absoluta, como lo fue en el pasado, sino que debe estar en plena armonía con la Constitución. El juez de constitucionalidad de las leyes en Colombia es la Corte Constitucional, y sus decisiones en esa materia constituyen cosa juzgada constitucional y vinculan a todos los poderes públicos y a los jueces de todas las jurisdicciones y niveles. En consecuencia, si el juez de constitucionalidad declara exequible una norma, no puede ningún juez dejar de aplicarla por razones constitucionales, ni mucho menos de conveniencia o de parecer subjetivo.

Pues bien, la norma en estudio, que estableció la validez del retiro decidido por el empleador, público o privado, como ya se indicó, fue declarada ajustada a la Constitución mediante la sentencia C-1037 de 2003 de la Corte Constitucional, mediante sentencia de constitucionalidad condicionada con respecto a que el retiro por pensión debe suponer previamente la inclusión en nómina de pensionados al trabajador que se retira.

Adicionalmente la citada sentencia incluyó argumentos de constitucionalidad de la norma que autoriza el retiro por reconocimiento de pensión e inclusión en nómina de pensionados, en el hecho evidente de que el trabajador retirado, como dice la sentencia, “no queda desprotegido”, pues sale a devengar su pensión, a la vez que libera puestos de trabajo para las nuevas generaciones que han carecido de oportunidades de trabajo.

No es pues, arbitraria ni irracional la argumentación de la Corte Constitucional para declarar ajustada a la Carta la norma en estudio. En consecuencia, las razones que adujo la Sala Plena de la Sección Segunda, en la sentencia del 4 de agosto de 2010 (Rad. 2533-07), que se han venido reproduciendo invariablemente, para dejar de aplicar la norma de la Ley 797 de 2003, si bien resultan respetables, no consultan las razones constitucionales, legales y prácticas que aquí se han expuesto.

En los anteriores términos, dejo planteadas mis respetuosas discrepancias con la decisión mayoritaria de la Sala.

GERARDO ARENAS MONSALVE

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ A folio 25 se dice el cargo de mecanógrafa.

² Resolución No. 26740 de 20 de septiembre de 2002 (fls. 2 a 4)

³ Este Parágrafo fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-1037 de 2003, “siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.”.

⁴ Este literal fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-501 de 2005, Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, “en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.”.

⁵ Sentencia C-1073 de 2003. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araújo Rentería.

⁶ “PARÁGRAFO 3o. <Parágrafo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo 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”.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 6 de agosto de 2009, Radicación número: 25000-2325-000-2005-05688-02(00164-08), Actora: Ana Cecilia Ramos Vargas.

⁸ Sentencia C-1037 de 2003, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araújo Rentería.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 4 de agosto de 2010, Radicación No. 250002325000200406145 01 (2533-07), Actor: Alcides Borbón Suescún.

¹⁰ 14 de noviembre de 2011.

¹¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante, sentencia de 29 de enero de 2008, Expediente No. 760012331000200002046 02, Actora: Amparo Mosquera Martínez.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 09:57:06