



Sentencia 06148 de 2011 Consejo de Estado

SUSPENSION PROVISIONAL

PENSION DE JUBILACION - Régimen de transición / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Reliquidación del ingreso base para calcular la pensión / PENSION DE JUBILACION - Retiro del servicio / RECONOCIMIENTO PENSION DE JUBILACION - No obliga al funcionario a retirarse del cargo / EDAD DE RETIRO FORZOSO - No aplica el artículo 9 de la Ley 797 de 2003

Encontrándose inmersa la actora dentro del régimen de transición y consolidado el derecho pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, el retiro del servicio de éste -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 -norma más favorable en la materia dentro de los dos sistemas generales que concurren-, que dispone para el caso concreto "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 parágrafo 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". Significa lo anterior, que el derecho consolidado por la actora, supone además de lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo referente a edad, tiempo de cotización y monto de la pensión, también lo previsto en el artículo 150 transcrito de la Ley 100 de 1993, acerca de las condiciones de retiro del servicio, en cuanto a la posibilidad de permanecer en el mismo y de mejorar el quantum pensional que le asiste, por aplicación del principio de favorabilidad que emana del contenido del artículo 53 de la Carta Política. Ello supone que las modificaciones a la Ley 100, introducidas por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, no eran aplicables a la demandante por cuanto a la fecha de expedición del nuevo precepto, su situación jurídica pensional ya estaba completamente definida al abrigo del régimen de transición que le asistía, y por supuesto amparada por el contenido de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política en cuanto prevén la garantía del derecho irrenunciable a la seguridad social y con ésta la de las demás garantías que de él se deslindan, como los son el pago oportuno de las pensiones, su reajuste periódico y reliquidación.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el no retiro del servicio por reconocimiento pensional a beneficiarios del régimen de transición, Consejo de Estado, Sección Segunda, Exp. 2533-07, MP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

RETIRO DEL SERVICIO POR RECONOCIMIENTO DE PENSION DE JUBILACION - Restablecimiento del derecho. Alcance

La consecuencia jurídica inmediata de la nulidad del acto demandado dado que a la fecha de la sentencia cuenta con 62 años, es el reintegro de la demandante al cargo desempeñado o a uno de similar categoría, junto con el reconocimiento de los salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales dejados de percibir desde el momento del retiro y hasta la fecha en que se produzca el reintegro efectivo al cargo, de cuyo monto se descontará el valor percibido por la actora por concepto de la pensión de vejez reconocida mediante la Resolución No. 08005 de 2003, proferida por el Instituto de los Seguros Sociales, ordenándose su reintegro a la Caja en aras de salvaguardar los recursos públicos implicados.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011).

Rad. No.: 25000-23-25-000-2004-06148-02(1901-08)

Actor: ANA FELISA ROJAS DE PATIÑO

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el dieciséis (16) de febrero de dos mil siete (2007), que negó las súplicas de la demanda interpuesta por Ana Felisa Rojas de Patiño contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en procura de su reintegro al servicio y del pago de las acreencias laborales dejadas de percibir desde su retiro del mismo.

ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

La actora, mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó la nulidad de la Resolución No. 02967 del 15 de abril de 2004, expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN-, por medio de la cual se dio por terminada la relación legal y reglamentaria que ostentaba con dicha Entidad a partir del 1o de junio de 2004, en tanto se desconoció su derecho a permanecer en el cargo desempeñado hasta la edad de retiro forzoso.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó el reintegro al empleo que desempeñaba al momento de su desvinculación y hasta que cumpla la edad de retiro forzoso (65 años), aunado a lo cual reclamó el pago de los salarios, aumentos a los mismos, prestaciones sociales, primas, bonificaciones, auxilios y demás acreencias laborales dejadas de percibir hasta el cumplimiento de la edad señalada. Asimismo, reclamó el pago de los perjuicios irrogados con el acto administrativo impugnado más los intereses moratorios desde la fecha de exigibilidad de las mismas hasta que sean pagadas efectivamente, y el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los hechos que fundamentan las pretensiones de la actora, se pueden resumir de la siguiente manera:

La señora Ana Felisa Rojas Patiño se vinculó mediante relación legal y reglamentaria a la DIAN desde el 2 de febrero de 1971 hasta el 1o de junio de 2004, desempeñando como último cargo el de Técnico en Ingresos Públicos III, Nivel 27 Grado 15 con un salario promedio mensual de \$1'.528.634 y con una calificación satisfactoria.

Que mediante la Resolución No 02967 del 15 de abril de 2004, fue retirada del servicio por habérsela reconocido la pensión de vejez por CAJA AL, según lo ordenado por el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, en concordancia con lo establecido en el artículo 4° de la Ley 860 del 26 de diciembre de 2003; que para dicho momento la actora contaba con 55 años de edad, como quiera que nació el 27 de enero de 1949.

Que la mesada pensional del mes de junio del año 2004 ascendió a la suma de \$893.425, es decir, el equivalente a una tercera parte de su salario mensual.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Como normas transgredidas citó las siguientes disposiciones legales y constitucionales: 1°, 2°, 13, 25, 53 y 125 inciso 4° de la Constitución Política; art. 31 del Decreto 2400 de 1968; 122 del Decreto 1950 de 1973; inciso 1o del artículo 1o de la Ley 33 de 1985; 11, 33 Inciso 1o y 150 de la Ley 100 de 1993; art. 19 del Decreto Reglamentario 699 de 1994; artículo 19 de la Ley 344 de 1996; 1°, 2° y 37 literal e) de la Ley 443 de 1998; 14 de la Ley 490 de 1998; 52, 53 y 61 del C.R.P.M; 1°, 9° numeral 1o y parágrafo 3° de la Ley

797 de 2003; 4° de la Ley 860 de 2003; artículos 2341 y 2356 del C.C y 16 de la Ley 446 de 1998.

Señala que en el presente caso lo que se debate es la aplicación de la ley en el tiempo, su irretroactividad y el respeto a los derechos consolidados y establecidos en disposiciones anteriores, todas ellas de carácter laboral' que por regular relaciones de trabajo de aquellos servidores, gozan de la especial protección del Estado.

Que si el afiliado al régimen de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, para tener derecho a la pensión de vejez, debe haber cumplido 55 años de edad si es mujer o 60 si es hombre, no se ve la razón para que los afiliados que no hayan llegado a dichas edades puedan ser desvinculados del servicio con invocación de la aludida justa causa, la que sólo puede esgrimirse cuando es trabajador particular o servidor público.

Afirma, que si antes de la vigencia de la Ley 797 de 2003, el afiliado ya tenía reconocido el derecho pensional por parte de la entidad de previsión respectiva, no se le puede desconocer el derecho que le otorgaron disposiciones anteriores que le concedían la vocación de permanecer hasta la edad de retiro forzoso (65 años); o de 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.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Debidamente notificada, la accionada acudió oportunamente a dar contestación al libelo demandatorio, oponiéndose a las pretensiones y formulando las excepciones de inepta demanda por falta de requisitos formales y falta de legitimación por pasiva para la pretensión subsidiaria (ver fls. 47 a 57).

Fundamenta su defensa manifestando que de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, se puede retirar del servicio a todo servidor público a quien se le haya reconocido su pensión y esté incluido en la nómina de pensionados correspondiente, sin tener en cuenta para nada su edad, pues la justa causa que se estableció en el parágrafo 3° del artículo 33 de la Ley 100 (modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003) norma declarada



exequible por la Corte Constitucional, no se condiciona a ningún evento diferente de la inclusión en nómina de quien se pretende retirar.

II. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las súplicas de la demanda. Manifestó que la causal de retiro del servicio por concepto de reconocimiento de pensión, es una causal establecida por el legislador para disponer el retiro de los servidores públicos que tiene plena aplicación y vigencia ya que la misma no ha sido declarada inexecutable, a pesar de que su aplicación fue condicionada en el sentido de que 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.

Que en caso objeto de estudio, el retiro de la peticionaria se produjo una vez se comunicó al Director General de la Entidad demandada, que la actora iba a ser incluida en la nómina de pensionados a partir del mes de junio de 2004, tal como se expresó por parte del Gerente General de CAJANAL, motivo por el cual se requería de la expedición del acto administrativo de retiro.

Que con lo anterior se demuestra que la peticionaria no tuvo detrimento en la percepción de su asignación mensual, pues la demandada tuvo la precaución de expedir el acto administrativo de retiro para que surtiera efecto a partir del primer día del mes de junio de 2004, mensualidad en que la actora se encontraba dentro de la nómina de pensionados, impidiendo de éste modo el menoscabo de su situación económica, como quiera que fue concordante la percepción del último salario recibido por la actora en el mes de mayo de 2004 y la mesada pensional que recibiría a partir del mes de junio de ese mismo año.

Que no comparte la afirmación de la parte actora en el sentido de que se le desconocieron sus derechos de carrera administrativa de permanecer en el cargo hasta la edad de retiro forzoso, conforme a lo normado en el parágrafo del artículo 150 de la Ley 100 de 1993, pues es evidente que su permanencia durante más de 30 años en la entidad demandada, permite concluir que durante toda su trayectoria laboral al servicio de ésta, le fueron respetados los derechos de carrera administrativa y el hecho de que se hubiera usado una de las causales de retiro del servicio, no implica el desconocimiento de sus derechos adquiridos, sino por el contrario es una decisión adoptada en procura de que la actora haga uso de otro derecho como lo es el descanso merecido por su larga trayectoria laboral y permitiendo de éste modo que ingrese nuevo personal a la demandada, garantizando el derecho a acceder a cargos, públicos.

Que lo dispuesto en el parágrafo 3o del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, no excluye en modo alguno a quienes con anterioridad a la expedición de dicha ley tuvieron adquirido el derecho pensional, por haber cumplido su status pensional antes de entrar en vigencia la misma, sino que le es aplicable a partir de la vigencia de ésta ley, a todos los empleados que estuvieren incursos en dicha causal o se les hubiera reconocido su derecho pensional.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada, la parte demandante apela la sentencia oportunamente. (FI. 160).

Manifiesta que lo que se debate en el presente juicio es la aplicación de la ley en el tiempo, su irretroactividad y el respeto a los derechos consolidados y establecidos en disposiciones anteriores, todas ellas de carácter laboral, que por regular relaciones de trabajo de aquellos servidores gozan de la especial protección del Estado.

Afirma, que si bien el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 señaló como causal de retiro de los empleados con derecho a jubilación en la forma en que se hizo mención, en el caso objeto de estudio, el retiro con derecho a jubilación ha de producirse con la voluntad del empleado y no como decisión unilateral de la administración como ocurrió en el sub examine.

Precisa que no se discute la aflicción de la causal prevista en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 a los funcionarios que hubieran reunido sus requisitos de pensión con posterioridad a la fecha de su vigencia, 27 de enero de 2003, pero la misma no puede ni legal ni constitucionalmente

aplicarse a los funcionarios que cumplieron requisitos y obtuvieron el reconocimiento de su pensión durante la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Surtido el trámite legal y al no observarse causal de nulidad que invalidó lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

IV. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO.

De conformidad con el recurso propuesto por la parte demandante, corresponde a la Sala en esta instancia revisar la legalidad del acto acusado en orden a establecer si asistía derecho a la demandante a permanecer en el cargo de Técnico en Ingresos Públicos III Nivel 27 Grado 15, que desempeñaba en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, luego de efectuado el reconocimiento de 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 por virtud de lo dispuesto en el parágrafo 3° del artículo 9o de la Ley 797 de 2003.

Para abordar el asunto propuesto, resulta necesario esbozar a grandes rasgos la situación fáctica que ostenta la actora y que se encuentra probada dentro del plenario (fls. 3 a 18), de donde se tiene que nació el 27 de enero de 1949 e ingresó a laborar en la Entidad demandada el 2 de febrero de 1971, por lo que al reunir ampliamente los requisitos para acceder a la pensión de vejez (55 años de edad y 33 de servicios), el Instituto de Seguros Sociales, mediante Resolución No. 08005 de 2003, reconoció su derecho pensional.

No obstante, la demandante definió el goce de su pensión y continuó laborando hasta la expedición del acto demandado, Resolución No. 02967 del 15 de abril de 2004, expedida por el Director de la DIAN, por medio de la cual fue retirada del servicio a partir del 1o de junio de 2004, decisión adoptada con fundamento en el parágrafo 3° del artículo 9o de la Ley 797 de 2003, que faculta el retiro de los empleados cuando les ha sido reconocida o notificada la pensión por parte de las Administradoras del Sistema General de Pensiones, momento para el que la actora contaba con 55 años de edad.

Bajo el anterior panorama, el recurso plantea un debate respecto a la aplicación del parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 frente al derecho pensional consolidado con anterioridad a su entrada en vigencia (29 de enero de 2003) del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y frente a las situaciones accesorias pero no menos relevantes que de él se derivan y que demandan un amparo a la luz de los preceptos constitucionales que protegen los derechos laborales y de la seguridad social, lo que impone realizar una interpretación de esta nueva causal de retiro introducida por el Legislador.

2. De la aplicación del parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003

Con el objeto de definir el alcance de esta norma en particular, es indispensable traer a colación las reflexiones contenidas en la sentencia de cuatro (4) de agosto de dos mil nueve (2009), en donde la Sala concluyó¹ que los regímenes de transición constituyen un verdadero derecho subjetivo, cuyo contenido impide al Legislador introducir cambios desproporcionados que alteren la situación jurídica consolidada que de ellos se deriva.

En aquella oportunidad esta Corporación expresó:

"2.2.1 Contenido y Alcance del Régimen de Transición.

En un primer análisis, el contenido de los derechos del régimen de transición apuntan a preservar, conforme a la situación jurídica consolidada por el titular, el derecho de jubilación en cualquiera de los 3 extremos integrantes de la estructura del mismo: tiempo de cotización, edad y quantum o valor de la pensión. No obstante esta premisa básica, la verdad es que los tres elementos advertidos, en sí mismos describen cada

uno una abundante complejidad, por lo que se hace necesario para los efectos de esta sentencia discriminar el ámbito que cobija cada uno de los mismos:

(...)

En lo concerniente al monto de la pensión, los elementos que describen la integración del régimen de transición son quizá más amplios que los atrás analizados pues dada la cantidad de sistemas excepcionales de pensión de jubilación, las situaciones jurídicas consolidadas dentro del tránsito legislativo resultan de difícil sistematización, aun así, 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 (sic) 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 tallador 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° parágrafo 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 de 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 tallador 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.

Consecuencialmente y como puede apreciarse de lo expuesto, para la Sala es objetivo que el principio de inescindibilidad de régimen para efectos de la reliquidación pensional, nacido del desarrollo jurisprudencial del principio de favorabilidad laboral contenido en el artículo 53 de la Constitución, ha de interpretarse de manera racional, esto es cuidando en no llegar al absurdo de, so pretexto de aplicar la inescindibilidad de un régimen, en la práctica, desconocer condiciones más favorables a las que eventualmente habría accedido un empleado, y que por razón de retrotraer su status a normas anteriores, tales beneficios eventualmente no tengan lugar, como suele ocurrir con ciertos sistemas de liquidación del quantum pensional, circunstancialmente más favorables en la norma actual y menos beneficiosos a la luz del régimen de transición que habilita la normatividad anterior, creando con ello una hipótesis en la que es posible reconocer que el empleado consolidó derechos a la luz de una y otra norma. En esta circunstancia es evidente que la razón de favorabilidad aconseja atenuar el principio de inescindibilidad, en función de las particularidades del régimen que in factum resulte de mejor beneficio para el trabajador.

Esta Sala ya se había pronunciado sobre el punto en sentencia de 4 de septiembre de 2003,² cuando observó el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que por supuesto remite en tiempo de servicio, edad y monto al régimen anterior, más en lo atinente a la liquidación optó por lo establecido en el inciso 3° ibídem por encontrar que dicho procedimiento resulta más beneficioso de aquel que emergía del régimen anterior, por lo que es evidente, que la jurisprudencia de esta Corporación no discute la posibilidad de atenuar el principio de inescindibilidad de regímenes (sic) en función de razones de favorabilidad específica, al fin y al cabo la fuente del principio en mención es la misma, es decir las condiciones más beneficiosas para el titular de los derechos laborales. Claro que se trata de una flexibilidad sujeta a la aplicabilidad concurrente de las normas que constituyen o crean la circunstancia de favorabilidad, de tal modo que la inescindibilidad opera de manera plena si esta hipótesis no tiene lugar, es decir, es jurídicamente inadmisibles que so pretexto de la atenuación de este principio, expuesto en función de la favorabilidad, se llegue al extremo de mezclar regímenes especiales con regímenes genéricos, cuestión que por la mera razón lógica de la estructura del régimen jurídico es inadmisibles. En conclusión, la figura expuesta es un elemento más para reconocer el alcance y contenido del derecho pensional a la transición como una prerrogativa autónoma, cuya naturaleza jurídica participa de la jerarquía constitucional atribuida a la seguridad social." (Resaltado fuera de texto)

(....)

Bajo las anteriores precisiones, procede la Sala a definir la situación particular del demandante.

3. CASO CONCRETO

En el sub examine, el a quo negó las pretensiones de la demanda con la tesis relativa a que la Ley 797 de 2003 modificatoria del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, estimó como justa causa para dar por terminado el vínculo laboral de carácter legal y reglamentario, la circunstancia de cumplir con los requisitos para tener derecho a la pensión, de manera que por haber consolidado la actora los dos supuestos a que se refiere el Legislador, la Administración de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales estaba facultada para expedir válidamente la Resolución 02967 del 15 de abril de 2004 con la que se retiró del servicio a la demandante, concluyendo que la posibilidad de ésta en cuanto a la permanencia en el empleo hasta la edad de retiro forzoso, se extinguió en todo caso con la entrada en vigencia de la citada disposición.

El criterio así expresado, conforme a las consideraciones expuestas precedentemente y a la situación fáctica que exhibe la actora resulta desajustado, lo que obliga a replantear la definición del derecho denegado.

En efecto, consta en el proceso que el derecho pensional de la actora se concretó el 12 de abril de 2004 teniendo en cuenta que a esa fecha completo más de 20 años de servicio y 55 años de edad, quien optó por continuar laborando hasta el momento en que se produjo su retiro intempestivo del servicio.

Así, encontrándose inmersa la actora dentro del régimen de transición y consolidado el derecho pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, el retiro del servicio de éste -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 -norma más favorable en la materia dentro de los dos sistemas generales que concurren-, que dispone para el caso concreto *"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 parágrafo 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"*.

Significa lo anterior, que el derecho consolidado por la señora Ana Felisa Rojas de Patiño, supone además de lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo referente a edad, tiempo de cotización y monto de la pensión, también lo previsto en el artículo 150 transcrito de la Ley 100 de 1993, acerca de las condiciones de retiro del servicio, en cuanto a la posibilidad de permanecer en el mismo y de mejorar el quantum pensional que le asiste, por aplicación del principio de favorabilidad que emana del contenido del artículo 53 de la Carta Política.

Ahora, debe precisarse además, que la misma Ley 797 de 2003 en su artículo 1o, dispuso que las normas allí contenidas se aplicarían a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando todos los derechos, garantías, prerrogativas servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo, para quienes a la fecha de su entrada en vigencia -29 de enero de 2003-, hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores públicos, oficial, semioficial en todos los ordenes.

Ello supone que las modificaciones a la Ley 100, introducidas por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, no eran aplicables a la demandante por cuanto a la fecha de expedición del nuevo precepto, su situación jurídica pensional ya estaba completamente definida al abrigo del régimen de transición que le asistía, y por supuesto amparada por el contenido de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política en cuanto prevén la garantía del derecho irrenunciable a la seguridad social y con ésta la de las demás garantías que de él se deslindan, como los son el pago oportuno de las pensiones, su reajuste periódico y reliquidación.

Sin embargo, el Juez a quo ignoró el deber constitucional de amparo, transgredido además por la Administración al ejercer sobre la situación particular del actor la facultad que induce la previsión del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, cuando éste ostentaba una situación jurídica consolidada y amparada en todo caso por el régimen de transición en la forma anteriormente expuesta.

Por las circunstancias anotadas, debe anularse el acto administrativo demandado, reconociendo que, en tanto la actora había consolidado su estatus pensional, a la luz del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que lo reenvía a la vigencia de la Ley 33 de 1985, y conforme al artículo 150 parágrafo de la Ley 100 de 1993 para efectos de retiro, resulta evidente, que su exclusión del servicio no era posible mediante el procedimiento establecido en la norma que aplicó la Administración, evento que configura un fenómeno de violación de la Ley por aplicación indebida de la misma, y en igual medida puntualiza una causal de nulidad constitucional al desconocer el amparo de los derechos pensionales, consagrado en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.

Procede por lo tanto, la revocatoria de la sentencia impugnada y la absolución favorable de la pretensión de la demanda, por cuanto se debió preservar y amparar el derecho de la actora a permanecer en el servicio hasta la edad de retiro forzoso, esto es, hasta los 65 años de edad.

La consecuencia jurídica inmediata de la nulidad del acto demandado dado que a la fecha de la sentencia cuenta con 62 años, es el reintegro de la demandante al cargo desempeñado o a uno de similar categoría, junto con el reconocimiento de los salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales dejados de percibir desde el momento del retiro y hasta la fecha en que se produzca el reintegro efectivo al cargo, de cuyo monto se descontará el valor percibido por la actora por concepto de la pensión de vejez reconocida mediante la Resolución No. 08005 de 2003, proferida por el Instituto de los Seguros Sociales, ordenándose su reintegro a la Caja en aras de salvaguardar los recursos públicos implicados.

Así mismo, se ordenará a la demandada efectuar los aportes a pensión dejados de cotizar durante el lapso enunciado, descontando de las sumas adeudadas al actor el porcentaje que de ello le corresponda a éste, a fin de que pueda efectuarse la reliquidación pensional respectiva por la Caja de Previsión.

Las sumas que resulten en favor de la demandante por dicho concepto y a partir de la fecha en que fue retirada del servicio se ajustarán en su valor de acuerdo con la siguiente fórmula:

$R = Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$

Índice inicial

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma adeudada, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió realizarse el pago de cada mensualidad y así sucesivamente.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada salarial y prestacional comenando por la que debió devengar la actora en el momento del retiro y para los demás emolumentos, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos. Los intereses se reconocerán en los términos previstos en el artículo 177 del C.C.A., adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998.

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

FALLA

REVÓCASE la sentencia de 16 de febrero de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las súplicas de la demanda instaurada por Ana Felisa Rojas de Patiño contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

En su lugar, se dispone:

1o. DECLÁRASE LA NULIDAD de la Resolución No. 02967 del 15 de abril de 2004, expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN-, por medio de la cual se retiro del servicio a la señora Ana Felisa Rojas de Patiño a partir del 1o de junio de 2004.

2º. DECLÁRASE que la actora tiene derecho a permanecer en el cargo de Técnica en Ingresos Públicos III Nivel 27 Grado 15 de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, hasta la edad de retiro forzoso, esto es, hasta que cumpla los 65 años de edad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

3. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, ORDÉNASE a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, reconocer y pagar a la señora Ana Felisa Rojas de Patiño, los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha en que fue retirado del servicio y hasta la fecha en que se produzca el reintegro efectivo al cargo, de cuyo monto se descontará el valor percibido por concepto de pensión de jubilación durante el mismo lapso, sumas que serán reintegradas a la Caja Nacional de Previsión Social.

4o. Las sumas a que resulte condenada la Entidad demandada se actualizarán, aplicando para ello la fórmula indicada en la parte motiva de esta sentencia.

5º. ORDÉNASE a la Entidad demandada efectuar los aportes a pensión dejados de cotizar durante el periodo enunciado, descontando de las sumas adeudadas al demandante el porcentaje que de ello le corresponde al actor, a fin de que pueda efectuarse la reliquidación pensional respectiva.

6º. DECLÁRASE para todos los efectos que no existió solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte de la demandante.

7º. Se dará cumplimiento a esta sentencia en los términos y condiciones establecidas en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

8º Una vez ejecutoriada, envíese copia de la presente providencia al Instituto de los Seguros Sociales, para los efectos pertinentes.

En firme esta providencia, regrese el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCON

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ Radicación No. 250002325000200406145 01 (2533-07) Actor: Alcides Borbón Suescún. Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

² Expediente No. 3636-02.

Fecha y hora de creación: 2025-06-17 20:47:38