

RETIRO DEL SERVICIO POR RECONOCIMIENTO DE LA PENSION DE JUBILACION – Requiere la inclusión en nómina de pensionados. Antecedente jurisprudencial

Es claro que establece una nueva “justa causa” para dar por terminado el vínculo laboral: dicha justa causa no es, como aparentemente se desprende del primer párrafo del artículo 9 de la ley 797 de 2003, que el trabajador haya cumplido requisitos pensionales. La causal se configura, como se observa en el segundo párrafo, cuando se ha producido el reconocimiento o notificación de la pensión. Pero debe tenerse en cuenta el condicionante que agregó la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de la causal: para que proceda es preciso que se haya notificado debidamente la inclusión en la nómina correspondiente de pensionados.

FUENTE FORMAL: LEY 797 DE 2003 – ARTICULO 9 PARAGRAFO 1

NOTA DE RELATORIA: Sobre el retiro del servicio por reconocimiento de la pensión de jubilación Corte Constitucional, sentencia de 5 de noviembre de 2003, Radicación C-1037.

RETIRO DEL SERVICIO POR RECONOCIMIENTO DE LA PENSION DE JUBILACION – Destinatarios

En segundo término se advierte que esta nueva justa causa de terminación del vínculo laboral es aplicable en las dos grandes modalidades de vinculación laboral dependiente existentes en Colombia, a saber: el contrato de trabajo (de trabajadores particulares y oficiales) y la relación legal y reglamentaria propia de los empleados públicos. Ya la legislación de seguridad social había creado otra justa causa de terminación del vínculo, común a ambas modalidades, en el sistema de riesgos profesionales, en el literal b) del artículo 91 del Decreto Ley 1295 de 1994. En todo caso, la aplicación de esta causal a los empleados públicos es explícita en la norma, como se desprende del párrafo inicial y se reitera en el inciso final que alude a los servidores públicos afiliados al sistema de pensiones.

FUENTE FORMAL: LEY 1295 DE 1994 – ARTICULO 91 / DECRETO 1295 DE 1994 / LEY 797 DE 2003 – ARTICULO 3

RETIRO DEL SERVICIO POR RECONOCIMIENTO DE LA PENSION DE JUBILACION – Es una facultad del empleador

En tercer lugar, resulta importante destacar que esta causal de terminación del vínculo laboral implica que el reconocimiento de la pensión (y su correspondiente inclusión en nómina) constituye una opción y a la vez una potestad para el empleador, lo que significa que su utilización no tiene término o plazo legal alguno, es decir, el empleado al que le ha sido reconocida la pensión puede continuar en el cargo hasta que el empleador haga uso de la causal de terminación, como también puede proceder a renunciar, si lo desea, para disfrutar de su pensión.

FUENTE FORMAL: LEY 797 DE 2003 – ARTICULO 9

PENSION DE JUBILACION – Puede ser solicitada por el empleador. El empleador puede obligar al trabajador a pensionarse / RETIRO DEL SERVICIO POR RECONOCIMIENTO DE LA PENSION DE JUBILACION – Procedencia / RETIRO DEL SERVICIO POR RECONOCIMIENTO DE LA PENSION DE JUBILACION – Aplicación a los servidores públicos de la Procuraduría General de la Nación

En relación con la posibilidad que tiene el empleador de obligar al empleado a pensionarse cuando cumple requisitos de pensión y no solicita la pensión, aclara la Sala, que el segundo inciso del parágrafo 3, Artículo 9 de la Ley 797 de 2003, al prever que luego de treinta días de cumplir los requisitos pensionales, si el trabajador no solicita la pensión, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquél. Dos aspectos importantes hay en este elemento: de una parte, que es legal el trámite pensional por parte del empleador, lo que en la práctica se traduce en que la entidad empleadora sí puede obligar a pensionarse al trabajador que cumple requisitos. Y en el mismo sentido, el empleador puede obligar al empleado a pensionarse, pero no está obligado a hacerlo, es decir, que esa posibilidad es facultativa y no obligatoria para la entidad empleadora. En consecuencia, si un servidor público incorporado al sistema general de pensiones en virtud del Decreto 691 de 1994, obtiene su pensión de jubilación o de vejez conforme al régimen de transición que le sea aplicable, puede ser sujeto de esta causal de terminación del vínculo laboral en los términos de la norma y con la aplicación del condicionante de la inclusión en nómina de pensionados, conforme a la sentencia C-1037 de 2003 de la Corte Constitucional. Finalmente, cabe destacar que la Sala en oportunidad anterior ha señalado que esta causal de retiro resulta aplicable a los servidores públicos de la Procuraduría General de la Nación, por remisión expresa del régimen laboral administrativo de esa entidad (Decreto Ley 262 de 2000).

FUENTE FORMAL: LEY 797 DE 2003 – ARTICULO 9 / DECRETO 691 DE 1994 / DECRETO 202 DE 2000

RETIRO DEL SERVICIO POR RECONOCIMIENTO DE LA PENSION DE JUBILACION – Alcance frente a al edad de retiro forzoso / RETIRO DEL SERVICIO POR RECONOCIMIENTO DE LA PENSION DE JUBILACION – Aplicación para el empleado de carrera administrativa

Así mismo considera la Sala que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales estaba facultada para tomar la decisión de retirar del servicio a la accionante como efectivamente lo hizo, dado que el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, derogó en forma tácita lo dispuesto previamente en los artículos 150 de la Ley 100 de 1993 y en el 19 de la Ley 344 de 1996, como se desprende del siguiente análisis: En primer lugar, el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, al disponer que “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”, resulta en contradicción con lo dispuesto por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, ya que, conforme se ha explicado, la nueva norma tiene expreso alcance con respecto a los servidores públicos y, además, la precitada Ley 344 permite al servidor público que adquiere el derecho pensional optar entre pensionarse o continuar en el servicio hasta la edad de retiro forzoso, al paso que la regla dispuesta en la Ley 797 de 2003, no solamente autoriza el retiro del servidor público al obtener el reconocimiento de la pensión (con su correspondiente inclusión en nómina, conforme a la sentencia de constitucionalidad), sino que faculta al empleador a tramitar el reconocimiento de la pensión cuando el servidor público no la solicita al cumplir requisitos, de suerte que resulta claro que esta ley reguló la misma situación de forma diferente a aquella, en norma posterior, con lo cual se configuró la derogatoria tácita del artículo 19 de la Ley 433 de 1996. En segundo término, el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, conforme al cual [n]o 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, resulta también derogado en forma tácita por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, en cuanto ésta se dirige igualmente a los servidores públicos, y permite al empleador tramitar el reconocimiento de la pensión al cumplirse los requisitos respectivos. No hay, en consecuencia, excepción alguna en estas reglas con respecto a los empleados públicos por el hecho de encontrarse escalafonados en la carrera administrativa. Por lo anterior, la Sala concluye que no se trata, en este caso, de conflicto normativo que deba resolverse con criterio de favorabilidad, conforme a la regla constitucional que rige en materia de relaciones de trabajo en todas sus modalidades, sino de norma posterior, del mismo rango, que deroga tácitamente las anteriores que le son contrarias, conforme a las reglas básicas de vigencia de las leyes en nuestro sistema normativo.

FUENTE FORMAL: LEY 797 DE 2003 – ARTICULO 9 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 150 / LEY 344 DE 1996 – ARTICULO 19 / LEY 443 DE 1996 – ARTICULO 19

RETIRO DEL SERVICIO POR RECONOCIMIENTO DE LA PENSION DE JUBILACION – La causal es aplicable a quienes hayan consolidado el status de pensionado, como a quienes se les haya reconocido, con anterioridad a su consagración legal

La consolidación del status de pensionado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 797 no implica, como lo sostiene la actora, la no aplicación de tal disposición, puesto que lo que hizo la norma fue crear una nueva causal de terminación del vínculo laboral y no establecer requisitos para acceder a la pensión, caso éste último en el cual, sí hubiera podido invocarse válidamente la existencia de derechos adquiridos al tener reconocida tal prestación por parte de la entidad pagadora de pensiones, que en el caso de autos fue el Seguro Social. Sin embargo, como el parágrafo 3º del artículo 9º ibídem establece como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria el cumplimiento de “los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión”, no constituye ningún impedimento para la aplicación de dicha justa causa el hecho de que al trabajador ya se le hubiera reconocido su pensión de vejez o de jubilación. Tampoco la Corte Constitucional condicionó la exequibilidad de la norma a dicha situación sino que, únicamente se refirió, como ya se ha reiterado, a la inclusión en la respectiva nómina de pensionados.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCIÓN “B”.

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., seis (6) de agosto de dos mil nueve (2009).

Radicación número: 25000-2325-000-2005-05688-02(00164-08)

Actor: ANA CECILIA RAMOS VARGAS

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 22 de febrero de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las súplicas de la demanda incoada por ANA CECILIA RAMOS VARGAS contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN-.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. ANA CECILIA RAMOS VARGAS, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de la Resolución No. 00944 de febrero 9 de 2005, proferida por el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, por medio de la cual se le retira del servicio por habersele reconocido la pensión. Como consecuencia de tal declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales reintegrar a la demandante al cargo que desempeñaba al momento de su desvinculación hasta cuando cumpla la edad de retiro forzoso (65 años) y a reconocerle y pagarle los salarios, aumentos de los mismos, prestaciones sociales, primas, bonificaciones, auxilios y demás derechos laborales que deje de percibir hasta la fecha en que cumpla la indicada edad. Subsidiariamente, solicita permanecer en el empleo del que fue desvinculada hasta cuando cumpla la edad de 60 años.

Así mismo, condenar a la DIAN a pagar los perjuicios morales que se le causaron a la demandante con el acto administrativo impugnado, los cuales se estiman en el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Que se de cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Para fundamentar las pretensiones, expuso, en síntesis, los siguientes hechos:

Ana Cecilia Ramos Vargas, mediante relación laboral legal y reglamentaria prestó sus servicios a la DIAN desde el 6 de junio de 1977 hasta el 31 de marzo de 2005, desempeñando como último cargo el de Técnico en Ingresos Públicos II, nivel 26, Grado 11.

Mediante Resolución No. 00944 de febrero 9 de 2005, la demandante fue retirada del servicio a partir del 1° de abril de 2005, por habersele reconocido la pensión de vejez por parte del Instituto de los Seguros Sociales, según lo ordenado por el párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, en concordancia con lo establecido en el artículo 4° de la Ley 860 de diciembre 26 de 2003. En la última evaluación de desempeño laboral elaborado por la entidad demandada la actora obtuvo calificación satisfactoria.

La accionante nació el 26 de junio de 1947, esto es, que al momento de su desvinculación contaba con 57 años de edad y se encontraba inscrita en el escalafón de la carrera administrativa, lo que le otorgaba el derecho a permanecer en el empleo hasta cumplir la edad de retiro forzoso.

Como normas vulneradas invocó los artículos 1°, 2°, 13, 25, 53, 58 y 125, inciso 4° de la Constitución Política; 31 del Decreto 2400 de 1968; 122 del Decreto 1950 de 1973; inciso 1° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985; 11, 33 inciso 1° y 150 de la Ley 100 de 1993; artículo 19 del Decreto Reglamentario 692 de 1994; 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 1° y párrafo 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.

2. CONTESTACION DE LA DEMANDA. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales por intermedio de apoderado a folios 47 al 57 contestó la demanda solicitando que se declaren probadas las excepciones propuestas o en su defecto desestimar las súplicas de la demanda.

Manifiesta la DIAN que los cargos de la demanda no pueden prosperar por las siguientes razones:

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 párrafo 3 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (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.

En cuanto al derecho adquirido o situación jurídica consolidada que plantea la demandante, señaló la entidad acusada que se consideran derechos adquiridos en materia pensional los que ostentan quienes hoy tienen la calidad de pensionados de jubilación, vejez, invalidez, sustitución y sobrevivencia en los diferentes órdenes, sectores y regímenes, así como quienes han cumplido ya con los requisitos exigidos por la ley para adquirir la pensión, pero no se les ha reconocido. La posibilidad que tenía la actora de trabajar con la DIAN hasta la edad de retiro forzoso era una mera expectativa, no un derecho adquirido y mucho menos una situación jurídica consolidada, que se vio truncada con la expedición de la Ley 797 de 2003, en donde el legislador claramente señaló que constituye justa causa para terminar la relación legal o reglamentaria, que al trabajador se le haya reconocido su pensión y que esté incluido en nómina, sin que cuente para nada su edad.

La demandada propone las siguientes excepciones:

- Inepta demanda por falta de requisitos formales. Fundamentada en que la accionante omitió dar cumplimiento al numeral 4 del artículo 137 del C.C.A., por cuanto se limitó a enunciar las normas violadas afirmando que el acto cuestionado desconoció los derechos y garantías consagrados por ellas, pero no precisó ni explicó en que consistió la violación de cada una de ellas.

- Falta de legitimación por pasiva para la pretensión subsidiaria. Al no incluir a la entidad administradora de pensiones que le reconoció la pensión

II. LA SENTENCIA APELADA

A folios 143 y siguientes el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las súplicas de la demanda, con fundamento en las razones que a continuación se resumen:

El 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 virtud de la Sentencia No. C-1037 de noviembre 5 de 2003, en el siguiente sentido "... 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".

Considera el A quo que se dio cabal cumplimiento a los requisitos previstos en la norma en que se fundamentó la entidad accionada para expedir el acto acusado así como a la condición expresada por la Corte Constitucional para su aplicación, toda vez que su retiro 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, tal como se expresó por parte del Gerente II Centro Atención Pensiones Seccional Cundinamarca y D.C. en el oficio visible a folio 79, motivo por el cual, se requería la expedición del acto administrativo de retiro.

III. FUNDAMENTOS DE LA APELACION

En memorial visible a folios 159 y siguientes del cuaderno principal, obra la sustentación del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, de cuyas razones de inconformidad la Sala destaca las siguientes:

Manifiesta la accionante que no se discute en esta demanda que el Congreso de la República tiene la facultad de crear nuevas causales de terminación de la relación laboral tanto de los servidores públicos como de los particulares, como lo dispuso el párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, pero no puede desconocerse que tales disposiciones no se aplican de manera retroactiva afectando derechos adquiridos y situaciones consolidadas jurídicamente de los destinatarios de dichas normas.

Alega 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.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado en el concepto que corre a folios 205 al 214 solicita confirmar el fallo que profirió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Fundamentó tal concepto en lo siguiente:

La pensión de vejez le fue reconocida a la demandante con posterioridad a la vigencia de la Ley 797 de 2003, pues es claro que esta normatividad, entró a regir a partir del 29 de enero de 2003.

Agrega que si bien el párrafo del artículo 150 de la Ley 100 de 1993 estableció que no podía 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 había llegado a la edad de retiro forzoso, el párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 lo modificó, señalando que se consideraba justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el empleado tanto del sector privado como público cumpliera los requisitos establecidos para tener derecho a la pensión de vejez; razón por la cual el empleador está facultado para desvincular al servidor, siempre y cuando le sea reconocida o notificada por la respectiva caja de previsión o fondo de pensiones y se le haya incluido en nómina.

Manifiesta la Procuraduría que, en cuanto a la aplicación de la ley en el tiempo, los artículos 2° y 3° de la Ley 153 de 1887 establecen que la ley posterior prevalece sobre la ley anterior. Así, si una ley posterior es contraria a la anterior, y ambas preexistentes, se aplicará la posterior; pero como en este caso, el artículo 150 de la Ley 100 de 1993 fue derogado por el párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, no se configura el conflicto de la aplicación de la ley en el tiempo como lo quiere dar a entender la parte demandante.

V. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO.

El problema jurídico que suscita la controversia consiste en determinar si se ajusta o no a derecho el acto administrativo por el cual se retiró del servicio a la demandante

fundamentada tal decisión en el hecho de habersele reconocido la pensión o, si por el contrario, podía continuar en el ejercicio del cargo hasta la edad de retiro forzoso, atendiendo el régimen de transición y el principio de los derechos adquiridos.

2. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL.

Dentro de las reformas al sistema general de seguridad social, específicamente en materia pensional, una de las modificaciones de mayor trascendencia la constituye la nueva causal de terminación del vínculo laboral por reconocimiento de pensión que introdujo en la legislación la Ley 797 de 2003. El asunto resulta de especial complejidad dado que alude a una modalidad de terminación del vínculo laboral y a las normas propias de la seguridad social (en cuanto se relaciona con las reglas de obtención de la pensión de jubilación o de vejez).

Para comprender plenamente sus alcances, se debe precisar brevemente cómo ha desarrollado la legislación colombiana este importante asunto en relación con los empleados públicos. Inicialmente, las normas de la reforma administrativa de 1968 dispusieron, dentro de las causales de “cesación definitiva de funciones”, el “retiro con derecho a jubilación”¹, como también “por edad”², es decir, por haber llegado a la edad de retiro forzoso³. La regulación legal de la pensión de jubilación se dispuso en las normas del régimen prestacional (D. R. 1848 de 1969, art. 76).

En el mismo sentido, el Decreto 1950 de 1973 dispuso en el artículo 105 que “[e]l retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de funciones públicas y se produce”, entre otras causales “por retiro con derecho a pensión de jubilación” (numeral 6°). El mismo decreto señaló que el empleado con derecho a pensión, como también el que llegue a la edad de retiro, “está obligado a comunicarlo a la autoridad nominadora tan pronto cumpla los requisitos, so pena de incurrir en causal de mala conducta” (art. 120).

Como puede observarse, tanto en la legislación como en la práctica de las relaciones laborales de los empleados públicos, lo usual era que al cumplir los requisitos de la pensión, el empleado procedía a solicitar el reconocimiento respectivo, sin que se contemplara expresamente su permanencia hasta cumplir la

¹ Decreto Ley 2400 de 1968, art. 25 literal d. Modificado por el Decreto Ley 3074 de 1968, art. 1

² *Ibidem*, literal f.

³ Decreto Ley 2400 de 1968, art. 31: “Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no podrá ser 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.

edad de retiro forzoso. Se estableció, en el régimen prestacional, que una vez reconocida la pensión, “se hace efectiva y debe pagarse mensualmente al pensionado desde la fecha en que se haya retirado definitivamente del servicio”. De otro lado, si el retiro se producía al cumplir la edad de retiro forzoso, sin que el empleado tuviera derecho a pensión de jubilación, se debía reconocer la pensión especial denominada “pensión de retiro por vejez.”

En el marco de la Constitución de 1991 y con la expedición de la Ley 100 de 1993, el párrafo del artículo 150 de ésta última norma, previó:

“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”.

De otra parte, la Ley 344 de 1996, que estableció algunas “normas tendientes a la racionalización del gasto público”, dispuso que “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” (art. 19). La norma agregó que los docentes universitarios podrían permanecer hasta diez años más y que la pensión se empieza a pagar después de la terminación del servicio.

La Ley 443 de 1998, estatuto general de carrera administrativa, señaló que el retiro del servicio de los empleados de carrera se produce, entre otros, “por retiro con derecho a jubilación” (art. 37, literal c), sin distinguir si se requería o no el consentimiento del empleado para proceder a la efectividad del mismo; la norma contempló como causal “por edad de retiro forzoso” (literal f). La edad de retiro forzoso continuaba fijada en 65 años. La Ley 490 de 1998 (art. 14) la extendió hasta los 70 años, pero dicha norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, por carecer de unidad normativa con el objeto de la ley (Sentencia C-644 de 1999), de modo que los 65 años siguen siendo la edad que obliga por regla general al retiro del servicio público.

Toda esta situación cambia en forma radical con la expedición de la Ley 797 de 2003⁴. Esta ley se enmarca dentro de los ajustes a la Ley 100 de 1993 que una década después de su expedición introdujo el Congreso a iniciativa del Gobierno,

⁴ Publicada en el Diario Oficial No. 45.079 del 29 de enero de 2003.

dado que éste último estimó esos ajustes como indispensables para la viabilidad del sistema pensional. Dentro de las modificaciones introducidas por la Ley 797, en su artículo 9°, se destaca la nueva causal de retiro laboral, disponiendo:

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 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 éste no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquél.

Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones.

De la lectura de esta norma, la Sala dilucida los siguientes alcances:

En primer lugar, es claro que establece una nueva “justa causa” para dar por terminado el vínculo laboral: dicha justa causa no es, como aparentemente se desprende del primer párrafo, que el trabajador haya cumplido requisitos pensionales. La causal se configura, como se observa en el segundo párrafo, cuando se ha producido el reconocimiento o notificación de la pensión. Pero debe tenerse en cuenta el condicionante que agregó la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de la causal: para que proceda es preciso que se haya notificado debidamente la inclusión en la nómina correspondiente de pensionados⁵.

En segundo término se advierte que esta nueva justa causa de terminación del vínculo laboral es aplicable en las dos grandes modalidades de vinculación laboral dependiente existentes en Colombia, a saber: el contrato de trabajo (de trabajadores particulares y oficiales) y la relación legal y reglamentaria propia de los empleados públicos. Ya la legislación de seguridad social había creado otra justa causa de terminación del vínculo, común a ambas modalidades, en el sistema de riesgos profesionales, en el literal b) del artículo 91 del Decreto Ley 1295 de 1994. En todo caso, la aplicación de esta causal a los empleados públicos

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-1037 del 5 de noviembre de 2003.

es explícita en la norma, como se desprende del párrafo inicial y se reitera en el inciso final que alude a los servidores públicos afiliados al sistema de pensiones.

En tercer lugar, resulta importante destacar que esta causal de terminación del vínculo laboral implica que el reconocimiento de la pensión (y su correspondiente inclusión en nómina) constituye una opción y a la vez una potestad para el empleador, lo que significa que su utilización no tiene término o plazo legal alguno, es decir, el empleado al que le ha sido reconocida la pensión puede continuar en el cargo hasta que el empleador haga uso de la causal de terminación, como también puede proceder a renunciar, si lo desea, para disfrutar de su pensión.

En relación con la posibilidad que tiene el empleador de obligar al empleado a pensionarse cuando cumple requisitos de pensión y no solicita la pensión, aclara la Sala, que el segundo inciso de la norma cita, al prever que luego de treinta días de cumplir los requisitos pensionales, si el trabajador no solicita la pensión, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquél. Dos aspectos importantes hay en este elemento: de una parte, que es legal el trámite pensional por parte del empleador, lo que en la práctica se traduce en que la entidad empleadora sí puede obligar a pensionarse al trabajador que cumple requisitos. Y en el mismo sentido, el empleador puede obligar al empleado a pensionarse, pero no está obligado a hacerlo, es decir, que esa posibilidad es facultativa y no obligatoria para la entidad empleadora.

En consecuencia, si un servidor público incorporado al sistema general de pensiones en virtud del Decreto 691 de 1994, obtiene su pensión de jubilación o de vejez conforme al régimen de transición que le sea aplicable, puede ser sujeto de esta causal de terminación del vínculo laboral en los términos de la norma y con la aplicación del condicionante de la inclusión en nómina de pensionados, conforme a la sentencia C-1037 de 2003 de la Corte Constitucional.

Finalmente, cabe destacar que la Sala⁶ en oportunidad anterior ha señalado que esta causal de retiro resulta aplicable a los servidores públicos de la Procuraduría General de la Nación, por remisión expresa del régimen laboral administrativo de esa entidad (Decreto Ley 262 de 2000).

3. DEL CASO EN ESTUDIO

3.1 Hechos probados. Se encuentra probado en el expediente los siguientes hechos:

⁶ Sentencia del 31 de julio de 2008 C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación 0001-08.

- La señora Ana Cecilia Ramos Vargas nació el 26 de junio de 1947 (folio 3 del cuaderno principal).

- La demandante prestó sus servicios a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN desde el 6 de junio de 1977 hasta el 31 de marzo de 2005 (folio 8 del cuaderno principal).

- La Resolución No. 00944 de febrero 9 de 2005, por la cual se retiró del servicio a la actora indicó que mediante oficio No. 1119 de 2005 suscrito por el Gerente II Centro Atención Pensiones del ISS Seccional Cundinamarca y D.C. informó que “la señora Ana Cecilia Ramos Vargas será incluida en la nómina de pensionados correspondiente al mes de marzo de 2005, para lo cual es necesario que el acto administrativo que acredite el retiro definitivo del servicio sea a partir del 1° de abril de 2005” (folio 4 del cuaderno principal).

- A folio 6 del cuaderno principal obra la comunicación enviada por el Administrador de Impuestos de la Administración Especial de Impuestos de las Personas Jurídicas de Santa Fe de Bogotá de la entidad accionada, informándole a la demandante que será incluida en la nómina de pensionados correspondiente al mes de marzo de 2005, por habersele reconocido la pensión, así mismo le comunica que mediante Resolución No. 00944 de febrero 9 de 2005 se le retira del servicio a partir del 1° de abril de 2005.

3.2 Del fondo del asunto

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, se tiene que su inconformidad se fundamenta en la aplicación de la ley en el tiempo, su irretroactividad y el respeto a los derechos consolidados y establecidos en disposiciones anteriores, es decir, que a funcionarios que, como ella, cumplieron requisitos y obtuvieron el reconocimiento de su pensión durante la vigencia de la Ley 100 de 1993, no se puede aplicar ni legal ni constitucionalmente la causal prevista en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 cuya vigencia comenzó el día 27 de enero de 2003.

De las probanzas allegadas y de las cuales ya se hizo referencia, se establece que la actora se encuentra en la transición prevista por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, régimen que se refiere a los requisitos para acceder al reconocimiento de la

pensión, situación que bajo ningún punto de vista se le ha desconocido a la accionante por parte de la entidad para la cual prestó sus servicios.

Así mismo, considera la Sala que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales estaba facultada para tomar la decisión de retirar del servicio a la accionante como efectivamente lo hizo, dado que el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, derogó en forma tácita lo dispuesto previamente en los artículos 150 de la Ley 100 de 1993 y en el 19 de la Ley 344 de 1996, como se desprende del siguiente análisis:

En primer lugar, el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, al disponer que “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”, resulta en contradicción con lo dispuesto por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, ya que, conforme se ha explicado, la nueva norma tiene expreso alcance con respecto a los servidores públicos y, además, la precitada Ley 344 permite al servidor público que adquiere el derecho pensional optar entre pensionarse o continuar en el servicio hasta la edad de retiro forzoso, al paso que la regla dispuesta en la Ley 797 de 2003, no solamente autoriza el retiro del servidor público al obtener el reconocimiento de la pensión (con su correspondiente inclusión en nómina, conforme a la sentencia de constitucionalidad), sino que faculta al empleador a tramitar el reconocimiento de la pensión cuando el servidor público no la solicita al cumplir requisitos, de suerte que resulta claro que esta ley reguló la misma situación de forma diferente a aquella, en norma posterior, con lo cual se configuró la derogatoria tácita del artículo 19 de la Ley 433 de 1996.

En segundo término, el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, conforme al cual [n]o 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, resulta también derogado en forma tácita por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, en cuanto ésta se dirige igualmente a los servidores públicos, y permite al empleador tramitar el reconocimiento de la pensión al cumplirse los requisitos respectivos. No hay, en consecuencia, excepción alguna en estas reglas con respecto a los empleados públicos por el hecho de encontrarse escalafonados en la carrera administrativa.

Por lo anterior, la Sala concluye que no se trata, en este caso, de conflicto normativo que deba resolverse con criterio de favorabilidad, conforme a la regla constitucional que rige en materia de relaciones de trabajo en todas sus modalidades, sino de norma posterior, del mismo rango, que deroga tácitamente las anteriores que le son contrarias, conforme a las reglas básicas de vigencia de las leyes en nuestro sistema normativo.

Ahora bien, la citada ley dispuso como condición de que “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”, situación que fue cumplida por la DIAN ante el oficio Grupo Servidores Públicos 062.2.10 No. 1119 de 2005, proferido por el Gerente II Centro Atención Pensiones Seccional Cundinamarca y D.C., el cual obra a folio 79 del cuaderno principal.

Adicionalmente, la consolidación del status de pensionado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 797 no implica, como lo sostiene la actora, la no aplicación de tal disposición, puesto que lo que hizo la norma fue crear una nueva causal de terminación del vínculo laboral y no establecer requisitos para acceder a la pensión, caso éste último en el cual, sí hubiera podido invocarse válidamente la existencia de derechos adquiridos al tener reconocida tal prestación por parte de la entidad pagadora de pensiones, que en el caso de autos fue el Seguro Social. Sin embargo, como el parágrafo 3o del artículo 9º ibídem establece como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria el cumplimiento de “los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión”, no constituye ningún impedimento para la aplicación de dicha justa causa el hecho de que al trabajador ya se le hubiera reconocido su pensión de vejez o de jubilación. Tampoco la Corte Constitucional condicionó la exequibilidad de la norma a dicha situación sino que, únicamente se refirió, como ya se ha reiterado, a la inclusión en la respectiva nómina de pensionados.

En estas condiciones, se encuentra que el acto administrativo demandado se ajustó a derecho, pues concurrieron los presupuestos para retirar del servicio a la señora Ana Cecilia Ramos Vargas.

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,

F A L L A:

CONFÍRMASE la sentencia de febrero 22 de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las súplicas de la demanda, incoada por Ana Cecilia Ramos Vargas contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

