

REGIMEN DE TRANSICION EN PENSION DE JUBILACION - Situación jurídica consolidada. No puede ser modificada por normas posteriores. Principio de favorabilidad. Principio de progresividad

Todas aquellas personas con vocación de ser cobijadas por los sistemas de transición en seguridad social por encontrarse dentro de los supuestos establecidos para tal efecto, pese a no disfrutar del derecho pleno de pensión, poseen derechos ciertos a que el decreto de su derecho pensional y el tratamiento de los demás elementos que se desligan de éste, respeten la oponibilidad de una situación jurídica consolidada. Ahora, el principio de conservación de la norma más favorable y la condición más beneficiosa en el ámbito laboral, que hace parte de los principios fundamentales del derecho del trabajo (art. 53 C.P.), establece que una nueva norma de carácter laboral o pensional no puede disminuir las condiciones favorables existentes y concretadas al abrigo de un ordenamiento anterior, las que, en la medida en que benefician al trabajador, deben ser reconocidas y respetadas por las Leyes posteriores. Así, aquellas personas que cumplen las condiciones para eventualmente beneficiarse de un régimen de transición pueden confiar legítimamente en que dicho régimen sea conservado para regular los diversos aspectos de su situación particular, incluso si todavía no han cumplido las condiciones para acceder a la pensión misma, pues si en general es problemática constitucionalmente cualquier modificación regresiva de las regulaciones pensionales por virtud del principio de progresividad, con mayor razón son cuestionables constitucionalmente las modificaciones abruptas a un status legalmente reconocido, en desmedro de las razones sustanciales que justifican la configuración de un régimen de transición.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 53

REGIMEN DE TRANSICION EN PENSION DE JUBILACION - Alcance en relación al término y forma de cotización

En cuanto al fenómeno del término y forma de cotización, las variables principales que comprometen el contenido del régimen de transición suponen, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional en sentencia T-818 de 2007, la vigencia del régimen de transición sin importar que los aportes se hagan a distintos sistemas de cotización y en igual sentido la sentencia C-789 de 2002 que predica la invulnerabilidad del régimen de transición incluso frente a la propia voluntad del beneficiario o del titular cuando opta por variar los sistemas de cotización establecidos por las normas de seguridad social (prima media y ahorro individual).

REGIMEN DE TRANSICION EN PENSION - Alcance en relación al tiempo de servicio y la edad

El tiempo de servicio y la edad para alcanzar el status pensional pleno, es parte singular de lo previsto en el artículo 36 inciso 2° de la Ley 100 de 1993; ya lo era en la Ley 33 de 1985 que en el párrafo 2° de su artículo 1° excluyó de su contenido regulador en materia pensional, a quienes a la fecha de expedición de la misma habían cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicios, y a su vez, la Ley 797 de 2003 que estableció un sistema de transición por éste factor que luego fuera declarado inexecutable. La jurisprudencia ha reconocido régimen de transición en razón de la edad con aplicación de la Ley 6° de 1945 en función de las situaciones jurídicas consolidadas a la luz del Decreto 3135 de 1968, cuyos preceptos fueron afectados por su derogatoria en virtud de la Ley 33 de 1985, y además en atención a que el Decreto 3135 tenía aplicabilidad a empleados del orden nacional y no territorial.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 36 INCISO 2 / LEY 33 DE 1985 - ARTICULO 1 PARAGRAFO 2 / LEY 797 DE 2003 / LEY 6 DE 1945 / DECRETO 3135 DE 1968

REGIMEN DE TRANSICION EN PENSION - Alcance en relación al monto / RETIRO DEL SERVICIO POR RECONOCIMIENTO DE LA PENSION DE JUBILACION - No puede aplicarse a quienes dentro del régimen de transición son beneficiarios de permanecer hasta la edad de retiro forzoso / RETIRO DEL SERVICIO POR EDAD DE RETIRO FORZOSO - Es un derecho que incide en el valor del monto pensional / RETIRO DEL SERVICIO POR RECONOCIMIENTO DE LA PENSION - Beneficiario del Régimen de transición. Rectificación jurisprudencial

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 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° 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 mas 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.

NOTA DE RELATORIA: Se rectifica la posición del Consejo de Estado en relación

con el retiro del servicio por reconocimiento de la pensión de jubilación en el régimen de transición, Sala Plena de la Sección Segunda, sentencia de 27 de octubre de 2005, Rad. 4773-03, M.P., Jesús María Lemos Bustamante

FUENTE FORMAL: LEY 793 DE 2003 - ARTICULO 9 PARAGRAFO 3 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 150 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 30

PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD - Atenuación frente al principio de favorabilidad

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.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 53

RETIRO DEL SERVICIO POR RECONOCIMIENTO DE LA PENSION - Beneficiario del Régimen de transición. Reintegro al cargo. Imposibilidad por edad de retiro forzoso. Alcance del restablecimiento

No obstante la consecuencia jurídica inmediata de la nulidad del acto demandado es el reintegro al cargo desempeñado en la Entidad demandada, debe anotarse al respecto, que conforme a las pruebas obrantes en el expediente, el actor cuenta ya con los 65 años que limitan la posibilidad del desempeño de un cargo público, lo que torna imposible el restablecimiento deprecado e impone para la Sala consecuentemente, el reconocimiento de los salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales dejados de percibir desde el momento del retiro del actor y hasta la fecha en que legalmente procedía conforme a lo expuesto, su retiro del servicio. En consecuencia, se ordenará a la Entidad demandada cancelar al actor los salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales que dejó de percibir a raíz de su desvinculación del servicio dispuesta por el acto acusado y hasta el 1° de enero de 2009, fecha en la que cumplió los 65 años de edad, de cuyo monto se descontará el valor percibido por el actor 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

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-25-000-2004-06145-01(2533-07)

Actor: ALCIDES BORBON SUESCUN

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

Apelación Sentencia - Autoridades Nacionales.

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 noviembre de dos mil seis (2006), que denegó las súplicas de la demanda interpuesta por el señor Alcides Borbón Suescún 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.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCION

El actor, 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 ante el Tribunal la nulidad de la Resolución No. 03830 del 12 de mayo 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 1° de junio de 2004, en tanto se desconoció su derecho a permanecer en el cargo desempeñado hasta la edad de retiro forzoso.

Como consecuencia de la pretensión anulatoria solicita que se declare que el demandante tiene derecho a permanecer en el servicio hasta los 65 años de edad.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- al reintegro del actor sin solución de continuidad, al cargo que desempeñaba al momento de su desvinculación y hasta que cumpla la edad de retiro forzoso, aunado a lo cual demanda el reconocimiento y pago de los salarios, incrementos, prestaciones sociales, auxilios y demás acreencias laborales dejadas de percibir hasta el cumplimiento de la edad señalada. Asimismo, pide que se condene a la demandada al pago de los perjuicios morales irrogados con el acto administrativo impugnado, los que estima en 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por último, sobre las sumas que resulten reclama el pago de los intereses moratorios desde la fecha de exigibilidad de las mismas, la actualización respectiva hasta que se cancelen efectivamente y el cumplimiento de la sentencia respectiva en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A..

2. FUNDAMENTOS FACTICOS

Los hechos citados como fundamento de las pretensiones, se resumen en lo siguiente:

El señor Alcides Borbón Suescún, nació el 1° de enero de 1944 y prestó sus servicios ininterrumpidamente a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- desde el 22 de mayo de 1967, desempeñando como último cargo el de Técnico en Ingresos Públicos III, Nivel 27, Grado 16.

Al reunir los requisitos para pensión, la Caja Nacional de Previsión Social, le reconoció una pensión de jubilación mediante Resolución No. 4513 del 22 de marzo de 2002, con fundamento en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, a partir del 1° de abril de 2001, cuya efectividad dependía del retiro del servicio. Para la fecha de expedición de dicho acto el demandante contaba con 57 años de edad y más de 30 años de labor.

Posteriormente, mediante Resolución No. 03830 del 12 de mayo de 2004, el Director de la Entidad le retiró del servicio a partir del 1° de junio de 2004, con fundamento en lo dispuesto en el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797

de 2003, es decir por encontrarse reconocida su pensión de jubilación por la Caja Nacional de Previsión Social.

Al momento de su retiro, contaba con 60 años de edad, devengaba un salario mensual promedio de \$1.166.935, y había obtenido en la última evaluación de desempeño una calificación "satisfactoria".

La pensión reconocida que se hizo efectiva a partir del mes de junio de 2004, ascendió a la suma neta de \$751.287.14, es decir, la tercera parte de su salario mensual.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION.

Según la parte actora, la demandada con la expedición del acto acusado violó los siguientes artículos: 1°, 2°, 13, 25, 53, 125 (inc. 4°) de la Constitución Política; 31 del Decreto 2400 de 1968; 122 del Decreto 1950 de 1973; 11, 33 (par. 3°) y 150 de la Ley 100 de 1993; 19 de la Ley 344 de 1996; 1°, 2° y 37 (lit. d) de la Ley 443 de 1998; 14 de la Ley 490 de 1998; 52, 53 y 62 C.R.P.M.; 1°, 9° (par. 3°) y 24 de la Ley 797 de 2003; 4° de la Ley 860 del 2003; 2341 y 2356 del Código Civil, y 16 de la Ley 446 de 1998.

Precisó, que no se discute en este caso que el Congreso de la República tiene la facultad de crear nuevas causales de terminación de la relación laboral tanto para los servidores públicos como para los particulares, sin embargo, estima que tales disposiciones no pueden aplicarse de manera retroactiva, desconociendo las situaciones consolidadas y derechos adquiridos de los destinatarios de tales normas.

En tal sentido afirmó, que la facultad de retiro del servicio de aquellos empleados a quienes se les ha reconocido una pensión, prescrita en el párrafo tercero del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, no puede aplicarse a quienes ya tienen consolidado el derecho pensional bajo el amparo de un régimen precedente, sino que debe aplicarse a situaciones futuras que en efecto resulten reguladas a todas luces por la disposición legal en comento.

Adujo que consolidado el derecho pensional bajo normas precedentes a la expedición de la Ley 797 de 2003 -como en el caso del actor-, existe un derecho adquirido a que se mantengan los beneficios legales contenidos en el régimen que lo cobijó, entre ellos el derecho a permanecer en el servicio hasta la edad de retiro forzoso, esto es, hasta los 65 años de edad conforme lo establece el artículo 150 de la Ley 100 de 1993.

Por último, señala que el derecho que se demanda, involucra además la estabilidad en el empleo y la posibilidad de continuar trabajando para incrementar el monto pensional, derechos amparados en las normas legales que se citan como violadas en el petitum y que no pueden ser desconocidos en el caso del actor.

4. CONTESTACION DE LA DEMANDA

Debidamente notificada, la accionada acudió oportunamente a dar contestación al libelo demandatorio (fl. 39). Propuso como excepciones la ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, sustentada brevemente dentro del escrito de oposición.

Radica su defensa en la inexistencia de un derecho adquirido a permanecer en el cargo luego de reconocida la pensión de jubilación, razón por la que validamente la disposición contenida en el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 podía regular el caso del actor.

Expresa que lo previsto en el artículo 150 de la Ley 100 de 1993 en cuanto al derecho a permanecer en 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 al demandante.

Por último, afirma que la posibilidad que tenía el actor de laborar en la DIAN hasta la edad de retiro forzoso era una mera expectativa, más no un derecho adquirido y mucho menos una situación jurídica consolidada, 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 al empleado pensionado se le haya incluido en nómina.

Agotado el trámite procesal correspondiente, se definió el asunto en primera instancia mediante sentencia del 16 de noviembre de 2006 (fl. 111).

II. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió en primer lugar la excepción propuesta desestimando su procedencia.

Luego de un breve análisis normativo, concluyó que la posibilidad de permanecer en el empleo hasta la edad de retiro forzoso se vio restringida con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, que estipuló como justa causa para culminar las relaciones legales y reglamentarias, el cumplir con el lleno de requisitos para obtener la pensión.

Recalcó que el accionante no tenía ningún derecho adquirido en el sentido que lo afirma, esto es, en cuanto a la permanencia en el servicio hasta los 65 años de edad, pues si bien la normatividad establece para los empleados de carrera una serie de prerrogativas especiales que no amparan a otros empleados públicos, tales derechos no pueden ir en contravía de las causales de retiro establecidas por la Constitución y la Ley, razón por la que el proceder de la Entidad a través del acto administrativo demandado resulta legal, más cuando observó los parámetros establecidos en el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 para hacer efectivo el retiro del demandante.

III. EL RECURSO DE APELACION

La parte actora inconforme con la decisión de primera instancia la apela oportunamente y solicita su revocatoria (fl. 122).

Con abundante sustento legal y jurisprudencial, ratifica los fundamentos de derecho esgrimidos en primera instancia, en cuanto al derecho

del actor a permanecer en el cargo que ejercía hasta la edad de retiro forzoso, por cuanto tal derecho constituye un derecho adquirido inherente a la consolidación del status pensional, amparado por diferentes disposiciones legales que pese a la expedición de la Ley 797 de 2003, aun continúan vigentes y aplicables para quienes con anterioridad a su expedición obtuvieron el derecho pensional conforme a las mismas.

Así, recalca que lo dispuesto en el párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, únicamente cobra efectos para las situaciones que se presenten con posterioridad a su entrada en vigencia, de manera que no puede aplicarse retroactivamente, desconociendo las situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad, que desde luego deben gobernarse por las normas bajo las cuales se concretaron, que en materia de retiro del servicio por pensión de jubilación y para el caso concreto corresponden a las contenidas en los artículos 33 (párrafo 2°) y 150 de la Ley 100 de 1993, 19 del Decreto 692 de 1994 y 19 de la Ley 344 de 1996, en donde se consagra para los empleados públicos que han obtenido un reconocimiento pensional la posibilidad de continuar en el servicio hasta la edad de retiro forzoso y de mejorar a partir de las nuevas cotizaciones el monto pensional.

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

IV. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURIDICO.

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 al demandante a permanecer en el cargo de Técnico en Ingresos Públicos III, Nivel 27, Grado 16 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 párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

Para abordar el asunto propuesto resulta necesario esbozar a grandes rasgos la situación fáctica que ostenta el actor y que se encuentra probada dentro del plenario (fls. 6 y 8), de donde se tiene que éste nació el 1° de enero de 1944 e ingresó a laborar en la Entidad demandada el 22 de mayo de 1967, por lo que al reunir ampliamente los requisitos para acceder a la pensión de jubilación (57 años de edad y 33 años de servicios) la Caja Nacional de Previsión Social, mediante Resolución No. 4513 del 22 de marzo de 2002, reconoció su derecho pensional con fundamento en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, que habilitó su otorgamiento bajo los presupuestos señalados en la Ley 33 de 1985.

No obstante, el demandante difirió el goce de su pensión y continuó laborando hasta la expedición del acto demandado -Resolución No. 03830 del 12 de mayo de 2004- expedido por el Director de la DIAN, por medio del cual fue retirado del servicio a partir del 1° de junio de 2004, decisión adoptada con fundamento en el párrafo 3° del artículo 9° 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 cual el actor contaba con 60 años de edad.

Bajo el anterior panorama, el recurso plantea un debate respecto a la aplicación del párrafo 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) bajo el 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 los derechos inherentes a la seguridad social, lo que impone la definición de las nociones que permiten abordar el asunto en cuestión.

2. MARCO CONCEPTUAL

Procederá la Sala entonces a delimitar los conceptos indispensables para regular judicialmente el problema jurídico descrito, en el siguiente orden:

- 2.1 Naturaleza del Derecho Pensional.
- 2.2 Régimen de Transición como Derecho Subjetivo.
- 2.2.1 Contenido y Alcance del Régimen de Transición.

Al desarrollo del inventario de cuestiones así enunciadas se dedica ahora la Sala:

- 2.1 Naturaleza del Derecho Pensional. Un breve excursus que facilita un fundamento de coherencia a la decisión.

Sea lo primero indicar que el derecho pensional otorga contenido al principio de solidaridad descrito en el artículo 1° de la Constitución Política que nos rige, y que el Capítulo V del Título XII de la Constitución en armonía con el artículo 48 ibidem permiten afirmar que en cuanto la seguridad social es un **servicio público de carácter obligatorio**, ésta **expresa la finalidad social del Estado**, esto es, justifica la existencia del mismo.

Ahora bien, además de su naturaleza constitucional particular, el derecho pensional se configura como resultado de los aportes o cotizaciones realizadas a través del tiempo de servicios y se hace efectivo al cumplimiento de la edad señalada por la Ley, por consiguiente resulta indispensable reconocer que el derecho a la pensión no puede ser interpretado como un concepto meramente civilista, máxime cuando sustancialmente opera como amparo contra las contingencias derivadas de la invalidez, la vejez y la muerte.

No por otra causa hay que aceptar que este derecho integra parte fundamental de la seguridad social, y por ende posee tratamiento constitucional privilegiado conforme se observa en el artículo 48 de la Carta, y en los artículos 347 y 350 ibidem, que incluso en el manejo puramente presupuestal, le dispensan un tratamiento singularizado pues es prevalente la guarda de los recursos destinados para la seguridad social y para el pago de pensiones, de manera que no es posible conforme a la Constitución referirse a los derechos pensionales con la misma óptica que se emplea para el tratamiento de otros derechos, que aunque compartan contenidos económicos o patrimoniales, se insertan en el ámbito ordinario de protección que otorga sustancia al funcionamiento del Ordenamiento Jurídico. No cabe duda entonces del carácter privilegiado de este derecho.

Al respecto el Profesor y Consejero de Estado Alfonso Vargas Rincón, señalaba la dificultad que ofrece asimilar el derecho pensional y su régimen jurídico al ámbito meramente civilista que conduce a identificar los derechos pensionales con los derechos en general originados en un hecho legalmente habilitado y consumado, y que como tal hacen parte del patrimonio de las personas.¹ En efecto, el derecho a la pensión tiene identidad propia, no solo por la manera como se va conformando (aportes empleador y empleado) sino por expresa disposición constitucional, al definirse como máxima en cuanto a la seguridad social y en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política que “el Estado garantizara el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales...”.

En síntesis, es diferente el concepto del derecho a la pensión de la noción general de derecho patrimonial nacido del principio liberal de respeto a la propiedad, muy anterior a conquistas de la civilización plasmadas en las concepciones de Estado Social, que matizan el concepto del orden jurídico en función del amparo y protección de los ciudadanos más allá de la misma esfera de los derechos subjetivos dirigidos por la autonomía de la voluntad. No puede por ende el fallador apoyarse, al definir la esencia de este derecho, en las concepciones ordinarias y comunes de la situación jurídica de los particulares en la relación jurídico-administrativa cuando por ejemplo el vínculo lo liga con una Entidad de derecho público, o en la relación puramente bilateral que surge en el ámbito privado. Cuando el vínculo concierne a los derechos pensionales, la Constitución reconoce que ellos integran uno de los fines primordiales de la sociedad por tanto, hacen parte significativa del objeto mismo de la consolidación del orden políticamente organizado, es decir, constituyen base del Estado Social de Derecho.

Por supuesto no es interés de la Sala al plantear este análisis crear una perspectiva de fundamentalización del derecho a la pensión, sino mas bien, y tan solo, recalcar la existencia de un régimen jurídico que entre nosotros, quizá por la complejidad normativa que lo regula, no ha sido definido con claridad, pues la tendencia que se observa en los Tribunales de Justicia frente a la materia y respecto de los elementos que de ella se implican, es a regularla conforme al marco ordinario de los derechos subjetivos a que se refiere el artículo 58 de la

¹ “Pensiones y Régimen de Transición en la Ley 100 de 1993”. Conferencia no publicada.

Carta, sin reparar los elementos que aquí señalamos y que constituyen objetivos límites a la actividad legislativa del Estado y por supuesto referencias insoslayables para los Administradores de Justicia, que en todo caso están en la obligación de observar, considerar y desarrollar.

Pues bien, la visualización de los regímenes pensionales como derechos adquiridos, su confusión con expectativas legítimas frente al sistema de transición o la asimilación de los mismos a beneficios o gracias otorgadas por el Estado a algunos ciudadanos, constituyen una estructura de pensamiento que en ocasiones puede tornar incierta la configuración del derecho mismo y por consiguiente concebir un ámbito proclive a la proliferación de conflictos, de manera que sobre este presupuesto es imperioso concluir la naturaleza particular y los alcances de su régimen jurídico, lo cual habilita a la Sala para sistematizar las siguientes nociones al respecto:

- a. Es un derecho que se identifica con las finalidades sociales del Estado y por tanto expresa con entera nitidez la justificación de la conformación de la comunidad política sobre la que se elabora la razón de ser del Estado.
- b. Posee tratamiento específico y privilegiado conforme al Orden Constitucional tanto en su condición de elemento integrador de la seguridad social, como en la financiación de los recursos propios de la sociedad destinados a conformar la Caja Pública en un nivel de igualdad con los recursos reservados para la defensa de la soberanía nacional, es decir, que los recursos para el pago de pensiones comparten importancia estratégica y política con los destinados para la defensa nacional, de ahí las restricciones aplicadas al Gobierno en la administración de los fondos destinados para su financiamiento.
- c. Técnicamente, los derechos pensionales poseen un campo de aplicación universal y su estructuración compromete la actividad productiva de su titular y la contribución proporcional de los empleadores, prorrogada o extendida en un tiempo determinado; además, el goce del mismo se condiciona a supuestos futuros que el Legislador puede definir en función de la edad y de la habilidad laboral.

- d. La regulación de los derechos pensionales ocurre dentro de límites de contenido que ha de observar el Legislador en el ámbito material y temporal, atendiendo todos los supuestos jurídicos que por el proceso de conformación del derecho, consolidan situaciones subjetivas jurídicamente relevantes e inmodificables.
- e. En cuanto a su causa, hay que reconocer que si bien el derecho pensional tiene condición de derivado -en función de la actividad laboral-, es manifiesta su autonomía una vez surge, dado que al compartir identidad con el derecho al trabajo, luego de consolidado produce situaciones jurídicas oponibles al empleador y como se ha indicado anteriormente, limitantes de la actividad Legislativa.
- f. Por supuesto, la estructura de los derechos pensionales, por hacer parte de la seguridad social y de los derechos laborales de las personas son imprescriptibles e irrenunciables.
- g. Se trata además de un derecho dinámico, pues su consolidación o establecimiento, no agota las posibilidades de modificación dentro del marco del principio de progresividad del derecho laboral, conforme lo reconoció el constituyente al establecer como garantía del Estado la atención al reajuste periódico de las pensiones legales -inc. 2° del artículo 53 de la Carta Política-, e igual de acuerdo con lo previsto por el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, que establece la posibilidad de reliquidar el ingreso base para calcular la pensión conforme a los salarios devengados con posterioridad a la fecha de la Resolución que la reconoce.

2.2 Régimen de Transición como Derecho Subjetivo.

Ya se insinuó al principio de este acápite, que el régimen de transición en materia pensional, tiende a identificarse como una prerrogativa para regular el tránsito legislativo en materia pensional, que resguarda expectativas o derechos adquiridos conforme a normas que luego son retiradas del ordenamiento jurídico por cualquiera de las causas establecidas para limitar o terminar su vigencia. Esta connotación, de alguna manera transmuta el alcance de los

derechos originados en el sistema jurídico anterior y salvaguardados en un régimen de transición, tornándolos inciertos, tanto así que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en vigencia de la Carta anterior los consideraba como simples expectativas para diferenciarlos de los derechos jubilatorios propiamente dichos, que en su caso venían a ser amparados por el artículo 31 que los asimilaba a los derechos adquiridos con justo título.²

Luego en vigencia de la Carta de 1991, la Corte Constitucional al estudiar su configuración los trata en principio como una expectativa para diferenciarlos de las previsiones establecidas que amparan los derechos adquiridos conforme al artículo 58 de la Constitución vigente; así en la sentencia C- 596 de 1997, al examinar el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se señaló que dicho artículo propugna por proteger lo que tan solo son expectativas de derecho de ciertos trabajadores, y en cuanto a la favorabilidad inmersa en el régimen de transición, consideró la Corte que dicha labor le incumbe al Juez en cada caso concreto, pues es imposible en juicios de constitucionalidad confrontar una norma acusada de carácter genérico con las distintas normas contempladas en los diferentes regímenes pensionales.

Posteriormente, ese mismo Tribunal en sentencia C-789 de 24 de septiembre de 2002, volvió a referirse al régimen de transición como un factor de límite a la competencia del Legislador para indicar que éste no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las que aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo.

Luego en la sentencia C-754 del 10 agosto de 2004, al referirse a la exequibilidad del artículo 4° de la Ley 860 de 2003, la Corte expuso que al entrar en vigencia el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, las personas que a 1° de abril de 1994 cumplían con los requisitos señalados en la norma adquirieron el derecho a pensionarse según el régimen de transición de manera que éste no constituye una expectativa modificable sino un derecho constitucional adquirido por cuanto el régimen de transición lo define y reconoce la Ley a una categoría determinable de trabajadores, constituyéndose en un mecanismo de protección para que los

² Sentencias de 2 de marzo de 1918, 12 de noviembre de 1938 y 22 de julio de 1969. Corte Suprema de Justicia.

cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes si bien no han consolidado el derecho a la pensión se encuentran próximos a cumplir los requisitos para pensionarse al momento del cambio normativo. Al respecto precisó que: "(...)si bien frente a un tránsito legislativo y al régimen de transición respectivo el derecho a la pensión no es un derecho constitucional adquirido, sino una expectativa legítima, sí existe un derecho al régimen de transición de las personas cobijadas por el mismo³. De manera que una vez entrada en vigencia la disposición que consagra el régimen de transición, los trabajadores que cumplan con los requisitos exigidos para el mismo consolidan una situación concreta que no se les puede menoscabar⁴. (...)"

Para esta Sala, y atendiendo los postulados constitucionales establecidos en la Carta de 1991, se hace indispensable superar tanto en el campo del análisis de los derechos pensionales y por consecuencia en el de los derechos surgidos de los regímenes de transición pensional, el concepto civilista de los derechos adquiridos con justo título y asimismo la noción de expectativas legítimas en el instante de configurar y aplicar la capacidad reguladora de un régimen de transición pensional. La ya definida naturaleza jurídica del derecho pensional que se expande en el tiempo, consolida situaciones jurídicas concretas que luego se tornan intangibles dada su particular protección constitucional pues es evidente que al cumplirse los presupuestos señalados en la Ley, no existen razones de derecho para que una Ley posterior en forma retroactiva invierta la voluntad del constituyente, desmejorando la mentada situación consolidada, y por tal razón contraría de manera directa el artículo 4° de la norma fundamental.

En este punto, reclama importancia avanzar en la distinción reconocida en un principio por la jurisprudencia nacional, que diferenciaba el amparo de los derechos pensionales de la fase en la que estos hasta ahora se estaban gestando, en contraste con la hipótesis de su consolidación al ocurrir las

³ Se reitera que en tal distinción hizo énfasis la Corte en la Sentencia C-789 de 2002, pues allí señaló que no era posible confundir la prestación económica ofrecida por el régimen de transición -es decir, la pensión- con la pertenencia al régimen, ya que mientras la prestación que aun no se adquiere es una mera expectativa, el régimen como tal, su pertenencia al mismo, es una situación jurídica que el legislador no puede desconocer. A este respecto, valga citar nuevamente el aparte correspondiente del fallo:

"Como se dijo anteriormente, los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no están contrariando la prohibición de renunciar a los beneficios laborales mínimos, pues las personas que cumplen los requisitos necesarios para hacer parte del régimen de transición no tienen un derecho adquirido a su pensión. Sin embargo, el valor constitucional del trabajo (C.N. preámbulo y art. 1°), y la protección especial que la Carta le otorga a los trabajadores, imponen un límite a la potestad del legislador para configurar el régimen de seguridad social. En virtud de dicha protección, los tránsitos legislativos deben ser razonables y proporcionales, y por lo tanto, la ley posterior no podría desconocer la protección que ha otorgado a quienes al momento de entrada en vigencia del sistema de pensiones llevaban más de quince años de trabajo cotizados."

⁴ Sentencias T-235/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-169/03 M.P. Jaime Araujo Rentarúa.

condiciones del status pensional, pues tal distinción no solo “civiliza” el régimen jurídico de las pensiones -en el sentido de aplicar normas estrictamente referidas al derecho privado-, sino que además disuelve el contenido jurídico vinculante de los sistemas de transición. Evidentemente, superar el criterio meramente civilista implica no solo observar la naturaleza misma de los derechos pensionales sino consolidar la seguridad jurídica que los trabajadores requieren en el desarrollo de sus relaciones con el Estado o con sus empleadores, lo que redundará en paz social y legitimación de las instituciones jurídicas.

Así pues, es inocultable que el Legislador encuentra un contexto objetivo en el instante de configurar el régimen de seguridad social, que determina la imposibilidad material para introducir cambios que no sean racionales y proporcionados; en esa dimensión, las Leyes que se ocupan de las pensiones y de la seguridad social, pierden capacidad reguladora si desconocen la protección que el mismo ordenamiento ha otorgado a quienes al momento de entrar en vigencia la nueva norma cumplían los requisitos para acceder a dicho régimen, pues sin duda, la transición es fruto del derecho de quienes estatuyeron una situación jurídica de acuerdo a los parámetros de la Ley vigente pero que no obstante por diversas razones (consolidación parcial del estatus, derecho a permanencia en el empleo, pensión de invalidez transitoria, entre otros), no alcanzan al disfrute efectivo del derecho pensional que imponga el retiro de la actividad laboral dentro del marco jurídico estipulado para la jubilación.

Es claro que en esta hipótesis resulta impropio hablar de expectativas, pues la transición es el efecto de la existencia de un derecho cuya oponibilidad encuentra su origen en supuestos de orden normativo y material, y desde luego en la previsión jurídica estipulada por el propio ordenamiento, tanto así que el Acto Legislativo 01 de 2005 estableció que el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993 y demás normas que lo desarrollan, no podría extenderse más allá del 31 de diciembre de 2010, para mostrar con claridad que incluyendo a las propias reformas constitucionales, el constituyente en su capacidad de reforma ha de preservar situaciones consolidadas.

No cabe ninguna duda para sostener entonces, que todas aquellas personas con vocación de ser cobijadas por los sistemas de transición en seguridad social por encontrarse dentro de los supuestos establecidos para tal

efecto, pese a no disfrutar del derecho pleno de pensión, poseen derechos ciertos a que el decreto de su derecho pensional y el tratamiento de los demás elementos que se desligan de éste, respeten la oponibilidad de una situación jurídica consolidada.

Ahora, el principio de conservación de la norma más favorable y la condición más beneficiosa en el ámbito laboral, que hace parte de los principios fundamentales del derecho del trabajo (art. 53 C.P.), establece que una nueva norma de carácter laboral o pensional no puede disminuir las condiciones favorables existentes y concretadas al abrigo de un ordenamiento anterior, las que, en la medida en que benefician al trabajador, deben ser reconocidas y respetadas por las Leyes posteriores. Así, aquellas personas que cumplen las condiciones para eventualmente beneficiarse de un régimen de transición pueden confiar legítimamente en que dicho régimen sea conservado para regular los diversos aspectos de su situación particular, incluso si todavía no han cumplido las condiciones para acceder a la pensión misma, pues si en general es problemática constitucionalmente cualquier modificación regresiva de las regulaciones pensionales por virtud del principio de progresividad, con mayor razón son cuestionables constitucionalmente las modificaciones abruptas a un status legalmente reconocido, en desmedro de las razones sustanciales que justifican la configuración de un régimen de transición.⁵

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:

⁵ *Salvamento de voto. SC- 754 de 2004. Magistrado Ponente. Álvaro Tafur Galvis.*

En cuanto al fenómeno del término y forma de cotización, las variables principales que comprometen el contenido del régimen de transición suponen, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional en sentencia T-818 de 2007, la vigencia del régimen de transición sin importar que los aportes se hagan a distintos sistemas de cotización y en igual sentido la sentencia C-789 de 2002 que predica la invulnerabilidad del régimen de transición incluso frente a la propia voluntad del beneficiario o del titular cuando opta por variar los sistemas de cotización establecidos por las normas de seguridad social (prima media y ahorro individual).

Ahora, el tiempo de servicio y la edad para alcanzar el status pensional pleno, es parte singular de lo previsto en el artículo 36 inciso 2° de la Ley 100 de 1993; ya lo era en la Ley 33 de 1985 que en el párrafo 2° de su artículo 1° excluyó de su contenido regulador en materia pensional, a quienes a la fecha de expedición de la misma habían cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicios, y a su vez, la Ley 797 de 2003 que estableció un sistema de transición por éste factor que luego fuera declarado inexecutable.⁶ La jurisprudencia ha reconocido régimen de transición en razón de la edad con aplicación de la Ley 6° de 1945 en función de las situaciones jurídicas consolidadas a la luz del Decreto 3135 de 1968, cuyos preceptos fueron afectados por su derogatoria en virtud de la Ley 33 de 1985, y además en atención a que el Decreto 3135 tenía aplicabilidad a empleados del orden nacional y no territorial.

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

⁶ Ley 797 de 2003. Artículo 18. Modifica el inciso segundo, se modifica el inciso quinto y se adiciona el párrafo 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. INEXEQUIBLE. Corte Constitucional. Sentencia C-1056 de 2003.

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 mas 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.

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 2003,⁷ 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° *ibidem* 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 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

⁷ Expediente No. 3636-02.

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.

Bajo las anteriores precisiones en cuanto al régimen de transición y el retiro del servicio por pensión de jubilación, procede la Sala a definir la situación particular del demandante, rectificando en lo pertinente la posición jurisprudencial adoptada por la Sección Segunda en providencia del 27 de octubre de 2005, Expediente No. 4773-03.⁸

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 el actor los dos supuestos a que se refiere el Legislador, la Administración de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales estaba facultada para expedir validamente la Resolución No. 03830 del 12 de mayo de 2004 con la que se retiró del servicio al demandante, concluyendo que la posibilidad de éste 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 el actor resulta desajustado, lo que obliga a replantear la definición del derecho denegado.

⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 27 de octubre de 2005. Rad. Interno. No. 4773-03. C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

En efecto, consta en el proceso que el derecho pensional del actor se concretó el 1° de enero de 1999 teniendo en cuenta que a esa fecha completó 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 inmerso el actor dentro del régimen de transición y consolidado el derecho pensional en vigencia de la Ley 100, el retiro del servicio de éste -que involucra la posibilidad de mejoramiento del derecho pensional a partir de los sueldos devengados con posterioridad-, validamente 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 el señor Alcides Borbón Suescún, 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 servicio 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 1°, 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 al 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 los demás derechos que de ello se deslindan como inicialmente se expuso, como los son el derecho al pago oportuno, al reajuste periódico de la pensión y a la reliquidación misma del derecho.

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 el actor 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 las pretensiones de la demanda conforme fue solicitada, por cuanto se debió preservar y amparar el derecho del actor a permanecer en el servicio hasta la edad de retiro forzoso, esto es, hasta los 65 años de edad.

No obstante la consecuencia jurídica inmediata de la nulidad del acto demandado es el reintegro al cargo desempeñado en la Entidad demandada, debe anotarse al respecto, que conforme a las pruebas obrantes en el expediente, el actor cuenta ya con los 65 años que limitan la posibilidad del desempeño de un cargo público, lo que torna imposible el restablecimiento deprecado e impone para la Sala consecuentemente, el reconocimiento de los salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales dejados de percibir desde el momento del retiro del actor y hasta la fecha en que legalmente procedía conforme a lo expuesto, su retiro del servicio.

En consecuencia, se ordenará a la Entidad demandada cancelar al actor los salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales que dejó de percibir a raíz de su desvinculación del servicio dispuesta por el acto acusado y hasta el 1° de enero de 2009, fecha en la que cumplió los 65 años de edad, de cuyo monto se descontará el valor percibido por el actor 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.

Asimismo, 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 del demandante por dicho concepto y a partir de la fecha en que fue retirado del servicio se ajustarán en su valor de acuerdo con la siguiente fórmula:

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

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 se pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada salarial y prestacional comenzando por la que debió devengar el actor en el momento del retiro y para los demás emolumentos, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de 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,

F A L L A

REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el dieciséis (16) de noviembre de dos mil seis (2006), que denegó las pretensiones de la demanda promovida por Alcides Borbón Suescún contra la Dirección de Impuestos y Aduanas nacionales -DIAN-. En su lugar, se dispone:

1°. **DECLARASE LA NULIDAD** de la Resolución No. 03830 del 12 de mayo de 2004, expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas nacionales - DIAN-, por medio de la cual se retiro del servicio al señor Alcides Borbón Suescún a partir del 1° de junio de 2004.

2°. **DECLARASE** que el señor Alcides Borbón Suescún, tenía derecho a permanecer en el cargo de Técnico en Ingresos Públicos III, Nivel 27, Grado 16, hasta la edad de retiro forzoso, esto es, hasta el cumplimiento de 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, **ORDENASE** a la Dirección de Impuestos y Aduanas nacionales - DIAN- a reconocer y pagar al señor Alcides Borbón Suescún los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha en que fue retirado del servicio por medio de la Resolución anulada y hasta el 1° de enero de 2009, fecha en la que cumplió la edad de retiro forzoso, de cuyo monto se descontará la mesadas percibidas por concepto de pensión de jubilación durante el mismo lapso, sumas que serán reintegradas a la Caja Nacional de Previsión Social.

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

5°. **ORDENASE** a la Entidad demandada efectuar las cotizaciones al Sistema Pensional respectivo, dejadas de efectuar durante el lapso mencionado, descontado de las sumas laborales adeudadas el porcentaje que de ello corresponde al actor, de conformidad con el régimen pensional que lo cobija.

6°. **DECLARASE** para todos los efectos que no existió solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte del señor Alcides Borbón Suescún, hasta la fecha en que debió efectuarse legalmente su retiro.

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

8°. Una vez ejecutoriada, envíese copia de la presente providencia a la Caja Nacional de Previsión Social, para los efectos pertinentes.

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

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

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

GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Presidente de la Sección

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

Aclara Voto

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

ALFONSO VARGAS RINCON

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

RETIRO DEL SERVICIO POR RECONOCIMIENTO DE LA PENSION DE JUBILACION - No aplicación a quienes cumplieron requisitos antes del 29 de enero de 2003

En ese contexto, debo aclarar que la posición de la Subsección B había sido la de expresar que lo que hizo la norma fue crear una nueva causal de terminación de la relación de trabajo y no establecer requisitos para acceder a la pensión⁹; sin embargo, acompaño la argumentación de la Sala de no aplicar el parágrafo 3º del referido artículo 9 a los trabajadores que cumplieron los requisitos para pensión antes de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 - 29 de enero de 2003-, quienes pueden continuar cotizando hasta la edad de retiro forzoso. Tal es la situación del caso estudiado, razón por la cual comparto la decisión.

RETIRO DEL SERVICIO POR RECONOCIMIENTO DE LA PENSION DE JUBILACION - Alcance

1. La creación de una nueva causal de terminación del vínculo laboral tanto para los trabajadores del sector privado como para los servidores públicos establecida en el parágrafo 3º del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 fue de aplicación inmediata y analizada por la Corte Constitucional en la sentencia C-1037 de 2003, que declaró exequible la norma, pero condicionada a que para que proceda la justa causa es preciso que se haya notificado debidamente la inclusión en la nómina de pensionados correspondiente. 2. El artículo 150 de la Ley 100 de 1993, según el cual, los funcionarios y empleados públicos que hubieran recibido la notificación del acto administrativo que les reconoce la pensión no podrán ser obligados a retirarse del servicio si no han cumplido 65 años de edad, fue derogado tácitamente por la Ley 797 de 2003. No se trata en este evento de un conflicto normativo que deba resolverse bajo el principio de favorabilidad en materia laboral, sino de una norma posterior, del mismo rango, que deroga tácitamente las que le sean contrarias conforme a las reglas básicas de vigencia de las leyes que opera en el sistema normativo colombiano. 3. Considero que no puede excluirse a los sujetos beneficiarios de la transición de la Ley 100 de 1993 de la aplicación de la causal de terminación del vínculo laboral prevista en la Ley 797 de 2003, por cuanto el artículo 36 de la primera ley hace referencia únicamente a los requisitos de edad, tiempo de servicios o semanas de cotización y monto para acceder a la pensión de vejez bajo el régimen anterior, pero ello no significa que no les resulten aplicables, por tanto, otras normas jurídicas contenidas en la ley de seguridad social que hacen referencia a situaciones diferentes a la pensional, como es el caso de la nueva “justa causa” para finalizar el contrato de trabajo (trabajadores privados y oficiales) o la relación legal o reglamentaria (empleados públicos). En consecuencia, no hay razón para no aplicar lo dispuesto en la referida Ley 797/03, pues si bien el juez puede ser creador del derecho debe, en todo caso, partir de la voluntad del legislador, máxime cuando el juez de constitucionalidad ha resuelto sobre la exequibilidad de las normas respectivas.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 36 / LEY 1000 DE 1993 - ARTICULO 33 / LEY 793 DE 2003 - ARTICULO 9 PARAGRAFO 3

ACLARACION DE VOTO

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

⁹ Al respecto pueden consultarse las sentencias con No. Interno: 2466-07 y 0164-08 del 30 de julio y del 6 de agosto de 2009, respectivamente, contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, con ponencia de quien ahora aclara el voto.

Aunque comparto la decisión tomada en el caso de autos, de manera respetuosa aclaro el voto, por las razones que se indican más adelante, respecto de algunas consideraciones jurídicas contenidas en la sentencia.

El fallo de Sección estimó que se encuentra vigente el artículo 150 de la Ley 100 de 1993 y, por tanto, los servidores públicos no pueden ser obligados a retirarse del servicio, si no han cumplido los 65 años de edad. En tal sentido, concluyó la providencia que las previsiones del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, no resultan aplicables a quienes se encuentren amparados por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, realizando, además, una construcción teórica sobre la naturaleza de las pensiones.

En ese contexto, debo aclarar que la posición de la Subsección B había sido la de expresar que lo que hizo la norma fue crear una nueva causal de terminación de la relación de trabajo y no establecer requisitos para acceder a la pensión¹⁰; sin embargo, acompaño la argumentación de la Sala de no aplicar el parágrafo 3º del referido artículo 9 a los trabajadores que cumplieron los requisitos para pensión antes de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 - 29 de enero de 2003-, quienes pueden continuar cotizando hasta la edad de retiro forzoso. Tal es la situación del caso estudiado, razón por la cual comparto la decisión.

Así las cosas, la Sala tendrá la oportunidad de replantear el tema objeto de debate cuando se trate de empleados públicos que sean retirados del cargo por derecho a la pensión de vejez o jubilación y que hayan cumplido los requisitos para acceder a la misma estando vigente la referida Ley 797 de 2003.

Adicionalmente, el motivo principal de esta aclaración de voto es para manifestar mi preocupación por algunos de los temas expuestos en la parte motiva de la sentencia como expreso a continuación:

1. La creación de una nueva causal de terminación del vínculo laboral tanto para los trabajadores del sector privado como para los servidores públicos establecida en el parágrafo 3º del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 fue de aplicación inmediata

¹⁰ Al respecto pueden consultarse las sentencias con No. Interno: 2466-07 y 0164-08 del 30 de julio y del 6 de agosto de 2009, respectivamente, contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, con ponencia de quien ahora aclara el voto.

y analizada por la Corte Constitucional en la sentencia C-1037 de 2003, que declaró exequible la norma, pero condicionada a que para que proceda la justa causa es preciso que se haya notificado debidamente la inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.

Dentro de los argumentos expuestos por la Corte para determinar la constitucionalidad de la norma en cita, se hizo alusión al relevo generacional frente al empleo, en los siguientes términos:

“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”.

(...)

“Además de lo anterior, en anteriores oportunidades cuando esta Corporación estudió las disposiciones legales sobre edad de retiro forzoso, manifestó que era legítimo ese retiro por cuanto permitía la realización de varios derechos. Al servidor público se le hacía efectivo su derecho al descanso, con el disfrute de la pensión. Se permitía, asimismo, el acceso de las nuevas generaciones a los cargos públicos. Y a la función pública enrumbarse por caminos de eficacia y eficiencia, al contar con nuevo personal”.

De acuerdo con la posición del Tribunal Constitucional, resulta conforme con los principios de la Carta que la ley haya establecido una causal adicional para finalizar la relación laboral dado que el reconocimiento de la pensión (con su correspondiente inclusión en nómina) no afecta el derecho del trabajador a seguir recibiendo ingresos, por un lado y, por otro, permite que las nuevas generaciones puedan acceder a un cargo ya sea en el sector público o privado, garantizando el derecho al trabajo ante la escasa creación de nuevos puestos laborales.

2. El artículo 150 de la Ley 100 de 1993, según el cual, los funcionarios y empleados públicos que hubieran recibido la notificación del acto administrativo que les reconoce la pensión no podrán ser obligados a retirarse del servicio si no han cumplido 65 años de edad, fue derogado tácitamente por la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta, además, que el artículo 9 se dirige igualmente a todos los servidores públicos estén o no escalafonados en carrera administrativa (pues la ley no efectúa ninguna distinción al respecto), permitiéndole inclusive al

empleador tramitar el reconocimiento de la pensión al cumplirse los requisitos para tener derecho a ésta.

De igual manera y como se ha expuesto con anterioridad en las providencias ya citadas a pie de página, no se trata en este evento de un conflicto normativo que deba resolverse bajo el principio de favorabilidad en materia laboral, sino de una norma posterior, del mismo rango, que deroga tácitamente las que le sean contrarias conforme a las reglas básicas de vigencia de las leyes que opera en el sistema normativo colombiano.

3. Considero que no puede excluirse a los sujetos beneficiarios de la transición de la Ley 100 de 1993 de la aplicación de la causal de terminación del vínculo laboral prevista en la Ley 797 de 2003, por cuanto el artículo 36 de la primera ley hace referencia únicamente a los requisitos de edad, tiempo de servicios o semanas de cotización y monto para acceder a la pensión de vejez bajo el régimen anterior, pero ello no significa que no les resulten aplicables, por tanto, otras normas jurídicas contenidas en la ley de seguridad social que hacen referencia a situaciones diferentes a la pensional, como es el caso de la nueva “justa causa” para finalizar el contrato de trabajo (trabajadores privados y oficiales) o la relación legal o reglamentaria (empleados públicos). En consecuencia, no hay razón para no aplicar lo dispuesto en la referida Ley 797/03, pues si bien el juez puede ser creador del derecho debe, en todo caso, partir de la voluntad del legislador, máxime cuando el juez de constitucionalidad ha resuelto sobre la exequibilidad de las normas respectivas.

GERARDO ARENAS MONSALVE