

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 pensión; 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 / RETIRO DEL SERVICIO POR RECONOCIMIENTO DE LA PENSION – Alcance frente la edad de retiro forzoso / RETIRO DEL SERVICIO POR EDAD DE RETIRO FORZOSO - Desaparece del ordenamiento jurídico al consagrarse el retiro por derecho a pensión de jubilación / RETIRO DEL SERVICIO POR RECONOCIMIENTO DE LA PENSION – Aplicación. Régimen de transición

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 100 DE 1993-ARTICULO 150 / LEY 793 DE 2003 – ARTICULO 9 PARAGRAFO 3

ACLARACION DE VOTO

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

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

Actor: ALCIDES BORBON SUESCUN

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

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 pensión¹; sin embargo, acompañó la argumentación de la Sala de no aplicar el párrafo 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

¹ 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.

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.

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