



Sentencia 04318 de 2012 Consejo de Estado

RAMA EJECUTIVA DEL NIVEL NACIONAL - Edad de retiro forzoso / PENSION DE RETIRO POR VEJEZ - Retiro del servicio / TIEMPO DE SERVICIO - Acumulación del tiempo servido en el sector privado con el oficial / PENSION DE RETIRO POR VEJEZ - Procedencia al cumplir con los requisitos contemplados en el Decreto 2400 de 1968 y en el Decreto 3135 de 1968

La ley 4ª de 1992 por la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación de los salarios y prestaciones de los empleados públicos y las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales, estableció en el artículo 12 que el régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas y objetivos contenidos en la ley 4ª y que en consecuencia, las corporaciones públicas territoriales no podrán arrogarse esa facultad. Posteriormente, la Ley 100 de 1993 dispuso un régimen de transición respecto de la pensión de vejez del régimen solidario de prima media con prestación definida para quienes cumplan los requisitos de edad o tiempo de servicios previstos en el artículo 36 de la citada ley y, en consecuencia “la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión (...) será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados”. En las condiciones anotadas y de acuerdo con los precedentes citados, la Sala examinará si el señor Alfredo Llanos Silvera reúne los presupuestos exigidos para el reconocimiento de la discutida prestación no sin antes precisar que esta Corporación mediante Sentencia del 26 de febrero de 2003, Exp. 1108-02, Cp. Alberto Arango Mantilla, replanteó la tesis según la cual la pensión de retiro por vejez solo es aplicable a los empleados del nivel nacional, pues manifestó que no era razonable ni justo, a la luz de los nuevos postulados constitucionales relacionados con la seguridad social integral reconocer tal prestación social a un servidor público y denegársela a otro, por el simple hecho de pertenecer al orden nacional el primero y al orden territorial el segundo, a pesar de encontrarse ambos empleados en idéntica situación laboral y, además, hallarse tal situación subsumida dentro de los presupuestos de la norma legal (artículo 29 del Dcto. 3135/68), ya que se desconocería el derecho fundamental constitucional de igualdad (artículo 13). Así las cosas, la Sala considera que en este caso debe reconocerse pensión de retiro por vejez a favor del señor Alfredo Llanos Silvera, en los precisos términos consagrados en los artículos 29 del decreto 3135 de 1968 y 2º de la ley 71 de 1988, pero a partir del 1º de julio de 1999, fecha en que efectivamente fue retirado del servicio.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 36 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 37 / LEY 4 DE 1992 / DECRETO 2400 DE 1968 / DECRETO 3135 DE 1968

NOTA DE RELATORIA: Sobre pensión de retiro por vejez, régimen de transición, ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, de 7 de abril de 2005, Exp. 1721-03.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil doce (2012).

Radicación número: 08001-23-31-000-2000-01482-01(0126-12)

Actor: ALFREDO LLANOS SILVERA

Demandado: DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 27 de julio de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió a las súplicas de la demanda instaurada por el señor Alfredo Llanos Silvera, contra el Departamento del Atlántico

ANTECEDENTES

Por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., el señor Alfredo Llanos Silvera, demandó la nulidad del Oficio No. 009 de 9 de febrero de 2000, por el cual el Departamento del Atlántico le negó el reconocimiento y pago de la pensión de retiro por vejez.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar a su favor la pensión de retiro por vejez, a partir del 1° de julio de 1999, teniendo en cuenta los artículos 176 y siguientes del C.C.A.

Como sustento de sus pretensiones expuso que prestó sus servicios a la Gobernación del Atlántico como auxiliar administrativo código 55039 desde el 14 de octubre de 1982 hasta el 1° de julio de 1999.

Adujo que por reunir los requisitos del artículo 29 del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de retiro por vejez, petición que fue denegada por el Secretario General de la Gobernación argumentando que la ley 100 de 1993 no contemplaba las pensiones de retiro por vejez.

Citó como normas vulneradas los artículos 48 de la Constitución Política, 33 y 36 de la ley 100 de 1993 y 29 del Decreto 3135 de 1968.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo del Atlántico mediante sentencia del 27 de julio de 2011 declaró la nulidad del Oficio acusado y en consecuencia ordenó al Departamento del Atlántico, reconocer y pagar al señor Luis Alfredo Llanos Silvera la pensión de retiro por vejez en los precisos términos consagrados en los artículos 29 del Decreto 1315 de 1968 y 2 de la Ley 71 de 1968, al encontrar probado que para el 7 de julio de 1999, fecha en que cumplió 65 años de edad, se encontraba laborando como auxiliar administrativo código 620 grado 10 en la Gobernación del Departamento del Atlántico y por haber acreditado como tiempo de servicios 16 años, 8 meses y 17 días (fls. 178-192).

EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado especial de la parte demandada solicitó que se revoque la sentencia y en su lugar se denieguen las pretensiones de la demanda (fls. 194-195). Consideró que la Ley 100 de 1993 nada dice sobre las pensiones de retiro por vejez, lo que implica que el actor podría ser beneficiario de la indemnización sustitutiva de que trata la normatividad de seguridad social.

CONCEPTO DEL PROCURADOR

La Procuraduría Tercera Delegada ante esta Corporación mediante memorial que obra a folios 205 a 210 del expediente, solicitó se confirme parcialmente la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar al Departamento del Atlántico el reconocimiento y pago de la pensión del actor “pero a partir del 2 de julio de 1999”.

Manifestó que si bien los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1968 no eran aplicables a los servidores públicos del orden territorial[1], el Consejo de Estado rectificó tal posición en el sentido de señalar que no era razonable ni justo a la luz de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política reconocer la pensión de retiro por vejez sólo a una clase de servidores por el hecho de pertenecer al nivel nacional, pese a encontrarse en la misma situación laboral y fáctica dentro de los presupuestos de la norma legal.

Narró que posteriormente la ley 100 de 1993 previó un régimen de transición que permitía conservar las exigencias de las normas anteriores, por cuanto en ella no se hizo distinción del tipo de pensión, vale decir, si la ordinaria o la de retiro por vejez, como sería el caso sub lite.

Manifestó que al aplicar los mentados postulados al presente caso, se encontró que el actor acreditó los requisitos del artículo 29 del decreto 3135 de 1968 porque fue retirado del servicio sin haber cumplido los requisitos para tener derecho a la pensión de jubilación o invalidez, y si bien es cierto la entidad territorial demandada afirma que el retiro del servicio se produjo por supresión del empleo, se encuentra que continuó vinculado a la administración por más de un año, luego de haber cumplido 65 años. Advirtió que la administración no sabía de ese hecho, pues el mismo empleado mantuvo en error a la entidad territorial al haberle ocultado su verdadera edad, pues una vez retirado del servicio se preocupó por rectificar que su cédula de ciudadanía no era acorde con su partida de bautizo.

Que en ese orden, como el actor acreditó 1) ser beneficiario del artículo 36 de la ley 100 de 1993; 2) que para el momento de su retiro ya había alcanzado y sobrepasado la edad máxima de servicio; 3) que no acreditó la totalidad de los requisitos para la pensión de jubilación o invalidez y 4) que además como consecuencia de ello quedó sin medios económicos para atender su congrua subsistencia, debe confirmarse parcialmente la sentencia en el sentido de que se ordene reconocer y pagar la pensión de vejez pero a partir del 2 de julio de 1999 y no del 1° de junio de 1990 como se indicó en la sentencia del Tribunal, como quiera que el actor prestó sus servicios al Departamento del Atlántico hasta el 1° de julio de 1999.

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

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala revisar la legalidad del Oficio de 9 de febrero de 2000 en orden a establecer si resulta ajustada a derecho la decisión del Tribunal que accedió a las pretensiones de la demanda, de reconocer la pensión de vejez a favor del señor Llanos Silvera. Para resolver la cuestión litigiosa, la Sala hará el siguiente recuento normativo:

El decreto ley 2400 de 1968 contiene disposiciones sobre la administración del personal civil que presta sus servicios en los empleos de la rama ejecutiva del nivel nacional; este ordenamiento fijó en 65 años la edad de retiro forzoso, para cuyo caso estableció una pensión de vejez, conforme al siguiente tenor:

“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 de vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos.

Exceptúanse de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2º del artículo 29 de este decreto.” (se refiere a los empleos en los cuales se puede reintegrar al servicio a la persona pensionada).

A nivel nacional el legislador denominó a la pensión de jubilación también “de vejez” (art. 21, de decreto 3135/68) pero además previó otra, denominada “pensión de retiro por vejez”.

Es así como el decreto 3135 de 1968 "por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se reguló el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales" estableció en el artículo 29 lo siguiente:

"Pensión de retiro por vejez. A partir de la vigencia del presente decreto el empleado público o trabajador oficial que sea retirado del servicio por haber cumplido la edad de 65 años y no reúna los requisitos necesarios para tener derecho a pensión de jubilación o invalidez, tendrá derecho a una pensión de retiro por vejez, pagadera por la respectiva entidad de previsión equivalente al veinte por ciento (20%) de su último sueldo devengado, y un dos por ciento (2%) más por cada año de servicios, siempre que carezca de recursos para su congrua subsistencia. Esta pensión podrá ser inferior al mínimo legal."

Con posterioridad a la reforma administrativa, la ley 71 de 1988, aplicable a los afiliados de las entidades de previsión social del sector público "en todos sus niveles", estableció para los empleados públicos y trabajadores oficiales que hubieran llegado a la edad d

e 60 años en el caso de los hombres, y 55 años de edad en el de las mujeres, una pensión por aportes que los afiliados deberían realizar durante 20 años (art. 7º); se previó además que la pensión mínima no podría ser inferior al salario mínimo mensual.

La norma no exigió que el tiempo de servicio fuera oficial exclusivamente, sino que permitió la acumulación del tiempo servido en el sector privado con el oficial.

A la fecha de entrar en vigencia la ley 33 de 1985, que contiene las normas generales para la jubilación de los empleados oficiales, el régimen aplicable a los empleados del orden territorial en materia de pensiones fue el previsto en la ley 6ª de 1945. El decreto 2767 del mismo año dispuso que los empleados y obreros de los departamentos y de los municipios tendrían derecho a las prestaciones señaladas en el artículo 17 de dicha ley (6ª/45).

En esas disposiciones no se contempló en favor de los empleados departamentales la pensión de retiro por vejez.

Más adelante, la ley 4ª de 1992 por la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación de los salarios y prestaciones de los empleados públicos y las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales, estableció en el artículo 12 que el régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas y objetivos contenidos en la ley 4ª y que en consecuencia, las corporaciones públicas territoriales no podrán arrogarse esa facultad.

Posteriormente, la Ley 100 de 1993 dispuso un régimen de transición respecto de la pensión de vejez del régimen solidario de prima media con prestación definida para quienes cumplan los requisitos de edad o tiempo de servicios previstos en el artículo 36 de la citada ley y, en consecuencia "la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión (...) será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados".

Para efectos de dilucidar la aplicación del régimen de transición para quienes soliciten la pensión de retiro por vejez en vigencia de la ley 100 de 1993, esta Corporación en sentencia del 7 de abril de 2005, Exp.1721-03, señaló:

"... Con fundamento en la disposición transcrita, (artículo 36 de la Ley 100 de 1993) la Sala en reiterados pronunciamientos viene precisando que el régimen de transición es un beneficio que la ley contempla, consistente en que las personas que cumplan las exigencias en ella señaladas, su pensión en cuanto a edad, tiempo de servicios o número de semanas de cotizaciones y cuantía de la mesada, se rige por la normatividad anterior.

A lo anterior se agrega que la disposición que contempló el denominado régimen de transición, no hizo distinción al tipo de pensión, vale decir si la ordinaria o la de retiro por vejez. (lo subrayado fuera del texto).

Según la prueba documental que obra en autos el señor CIPRIANO QUINTERO BAEZ nació el 2 de noviembre de 1929. Ello indica que para el 1º de abril de 1994, fecha en la cual entró a regir la Ley 100/93, tenía 63 años de edad cumplidos, motivo por el cual es beneficiario del régimen de transición. Es decir se le aplica la normatividad anterior a dicha ley. De ahí que no se le apliquen las previsiones del artículo 34 de la Ley 100/93, por la misma razón no es dable acudir a la previsión del artículo 37 ibídem, relacionada con la denominada indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. (Negrillas de la Sala)

Ahora bien, antes de esta ley, regía la Ley 33 de 1985, la cual en el inciso primero del artículo 1º señaló la regla general, según la cual el empleado oficial que sirva o haya servido veinte años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años, tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

El señor QUINTERO BAEZ no cumpliría con los presupuestos señalados en el inciso primero del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 para acceder a la pensión de jubilación allí consagrada, pues como más adelante se precisará, solo acredita un tiempo de servicios de 13 años, 10 meses, 16 días.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que no se trata simplemente de la aplicación de la norma anterior contentiva de la regla general para acceder a la pensión plena de jubilación, sino de la aplicación de la ley que con anterioridad establecía la denominada "pensión de retiro por vejez".

La Sala en acatamiento de claros postulados constitucionales, ha aplicado las disposiciones del Decreto - Ley 3135 de 1968 y su decreto reglamentario 1848 de 1968, para efectos de resolver sobre la procedencia de la pensión de retiro por vejez, a personas como el señor QUINTERO BAEZ que una vez sobrepasan la edad de retiro forzoso, no tienen oportunidad de vender su fuerza laboral que les permita acceder a la pensión plena de jubilación. El fundamento de esta orientación descansa sobre postulados tales como el deber del Estado, la sociedad y la familia de concurrir a la protección y asistencia de las personas de la tercera edad (C.N. Art. 45), garantía de la seguridad social (Art. 48 ib.), protección especial a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, entre otros".

En las condiciones anotadas y de acuerdo con los precedentes citados, la Sala examinará si el señor Alfredo Llanos Silvera reúne los presupuestos exigidos para el reconocimiento de la discutida prestación no sin antes precisar que esta Corporación mediante Sentencia del 26 de febrero de 2003, Exp. 1108-02, Cp. Alberto Arango Mantilla, replanteó la tesis según la cual la pensión de retiro por vejez solo es aplicable a los empleados del nivel nacional, pues manifestó que no era razonable ni justo, a la luz de los nuevos postulados constitucionales relacionados con la seguridad social integral reconocer tal prestación social a un servidor público y denegársela a otro, por el simple hecho de pertenecer al orden nacional el primero y al orden territorial el segundo, a pesar de encontrarse ambos empleados en idéntica situación laboral y, además, hallarse tal situación subsumida dentro de los presupuestos de la norma legal (artículo 29 del Dcto. 3135/68), ya que se desconocería el derecho fundamental constitucional de igualdad (artículo 13).

Conforme con la partida de bautismo de la parroquia de Nuestra Señora del Rosario, Arquidiócesis de Barranquilla que obra a folio 9 del expediente, el demandante nació el 7 de julio de 1933.

Prestó sus servicios al Departamento del Atlántico desde el 14 de octubre de 1982 hasta el 30 de junio de 1999 (fls. 64-91) es decir, que laboró por espacio de 16 años, 8 meses y 18 días.

Mediante oficio del 30 de junio de 1999 el Secretario General del Departamento del Atlántico le comunicó al señor Alfredo Llanos Silvera que el cargo de Auxiliar Administrativo Código 55039 había sido suprimido a partir de la misma fecha (fl-91).

A folio 5 obra el escrito de 9 de diciembre de 1999 con el cual se agotó la vía gubernativa, dirigido al Gobernador del Atlántico, mediante el cual solicita el reconocimiento y pago de la pensión de retiro por vejez.

De las pruebas obrantes en el expediente se logra establecer con facilidad que para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, la parte actora acreditaba 60 años de edad; que además cuando el demandante cumplió 65 años (7 de julio de 1998) se encontraba laborando en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 620 Grado 10 en la Gobernación del Departamento del Atlántico, lo que implica que es beneficiario de la pensión de retiro por vejez, al acreditarse el presupuesto exigido en los decretos 2400 y 3135 de 1968 de

hallarse en situación de servicio activo en el momento de cumplirse la edad de retiro forzoso.

Como bien lo expuso el a quo, si bien el retiro del servicio fue por la supresión del cargo, se entiende que al momento de la desvinculación el actor acreditaba la edad de 66 años, circunstancia que le impedía continuar al servicio de la función pública.

En relación con la insuficiencia de recursos necesarios para su congrua subsistencia, se encuentra que el demandante demostró no percibir ingresos adicionales, ni pensión alguna, además de haber iniciado dentro del término legal su reclamación, la cual lleva más de 10 años en trámite, es decir, el afectado hoy en día tiene más de 75 años.

Así las cosas, la Sala considera que en este caso debe reconocerse pensión de retiro por vejez a favor del señor Alfredo Llanos Silvera, en los precisos términos consagrados en los artículos 29 del decreto 3135 de 1968 y 2º de la ley 71 de 1988, pero a partir del 1º de julio de 1999, fecha en que efectivamente fue retirado del servicio. El Tribunal por un error involuntario ordenó reconocerla a partir del 1º de junio de 1990.

Finalmente respecto de la indemnización sustitutiva que alega la entidad territorial, se encuentra que la pensión de retiro por vejez no fue reemplazada por la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a que hace alusión el artículo 37 de la ley 100 de 1993, porque esta disposición contempla una situación específica del Sistema General de Pensiones establecido en dicha ley, cual es el cumplimiento de la edad mínima pensional, la ausencia de cotizaciones mínimas y la imposibilidad de continuar cotizando.

Esta situación es distinta de la contemplada en la pensión de retiro por vejez, en la cual la protección estatal surge en razón del hecho específico de que el funcionario deba ser retirado del servicio por haber llegado a la edad de retiro forzoso y no haber causado aún el derecho pensional que le correspondería en virtud del régimen de transición pensional.

En consecuencia, se confirmará la decisión del a quo en razón a que el demandante acreditó ser beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993; para el momento de su retiro había acreditado la edad de retiro forzoso; no acreditó la totalidad de los requisitos para la pensión ordinaria de jubilación o de invalidez y finalmente, no tiene recursos económicos para atender su congrua subsistencia. No obstante, se modificará la fecha a partir de la cual se debe reconocer la prestación, de conformidad con lo señalado en párrafos precedentes.

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

CONFÍRMASE la sentencia del veintisiete (27) de julio de dos mil once (2011), proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, excepto el Nral 2º que se MODIFICA, el cual quedará así:

"SEGUNDO. A título de restablecimiento del derecho, se ordena al Departamento del Atlántico reconocer y pagar a favor del señor ALFREDO LLANOS SILVERA la pensión de retiro por vejez, en los precisos términos consagrados en los artículos 29 del decreto 3135 de 1968 y 2º de la ley 71 de 1988, a partir del 1º de julio de 1999, la cual deberá reajustarse conforme a la ley."

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO

[1] porque el régimen previsto para dichos empleados en materia pensional fue la ley 6ª de 1945 y el Decreto 2767 del mismo año, las cuales no contemplaban la pensión de retiro por vejez. (fl.208 vto).

Fecha y hora de creación: 2024-08-04 07:33:28