



**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCION SEGUNDA**  
**SUBSECCIÓN B**

**MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS**

Bogotá D.C., siete (7) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

**Radicado:** 68001-23-31-000-2004-01862-01  
**Número interno:** 0964-2010  
**Actora:** Gladys María Cepeda de Hernández  
**Demandada:** Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.  
**Acción:** Nulidad y restablecimiento del derecho –art. 85 CCA-  
**Asunto:** Retiro del servicio por pensión/Imposibilidad de reintegro por edad de retiro forzoso/Reiteración del precedente.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 16 de julio de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que negó las pretensiones de la demanda presentada por GLADYS MARÍA CEPEDA DE HERNÁNDEZ contra la Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

**ANTECEDENTES**

Gladys María Cepeda de Hernández, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del C.C.A., demandó del Tribunal Administrativo de Santander la nulidad de la Resolución 01872 de 11 de marzo de 2004, mediante al cual el Director de Aduanas encargado de las funciones del cargo de Director General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, dispuso su retiro del servicio a partir del 1 de abril de 2004 por habersele reconocido pensión de vejez mediante Resolución 026371 de 1998 proferida por la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL.



Número Interno: 0964-2010

Demandante: Gladys María Cepeda de Hernández

Demandado: Unidad Administrativa Especial  
Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN-

Como consecuencia de tal declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que teniendo en cuenta que para la fecha en que fue retirada del servicio contaba con 57 años, 8 meses y 26 días de edad, se declare que tenía derecho a permanecer en el cargo que venía desempeñando hasta tanto hubiera cumplido la edad de retiro forzoso, esto es, 65 años; y, que con su separación intempestiva del cargo se le causó grave perjuicio económico y patrimonial.

Así mismo, solicitó que condene a la entidad demandada a reconocerle y pagarle, a título de "indemnización", los salarios y adehalas dejados de percibir desde su retiro del servicio hasta la fecha en que cumplió la edad de retiro forzoso, previa deducción de lo que ha recibido por mesadas pensionales.

Finalmente, pidió que las sumas de dinero resultantes de las diferentes condenas sean indexadas, y que la Dirección Impuestos y Aduanas Nacionales sea condenada en costas.

Los **hechos** de la demanda se resumen así:

Mediante Resolución 026371 de 13 de octubre de 1998 la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL, reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez a favor de la señora Gladys María Cepeda de Hernández, en cuantía de \$404.388.35, a partir del 5 de febrero de 1997.

El pago de la pensión quedó condicionado al retiro definitivo del servicio de la demandante como empleada de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

El 11 de marzo de 2004 el Director de Aduanas encargado de las funciones del cargo de Director General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, mediante Resolución 01872 dispuso el retiro del servicio de la demandante al considerar que, de acuerdo con el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, constituye justa causa para dar por terminada una relación legal y reglamentaria el hecho de



Número Interno: 0964-2010  
Demandante: Gladys María Cepeda de Hernández  
Demandado: Unidad Administrativa Especial  
Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN-

que un empleado "le sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones".

Se argumenta en la demanda que la decisión adoptada por el Director de Aduanas encargado de las funciones del cargo de Director General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, resulta manifiestamente arbitraria e ilegal en tanto vulnera los derechos adquiridos de la señora Gladys María Cepeda de Hernández y le causa un perjuicio económico toda vez que sus ingresos mensuales se reducen en la suma de \$1.361.788.65.

Se indicó que a la fecha del retiro del servicio, a la demandante le faltaban 7 años, 3 meses y 5 días para llegar a la edad de retiro forzoso.

La señora Gladys María Cepeda de Hernández se encontraba inscrita en el escalafón de la carrera administrativa y su desempeño, durante el tiempo que estuvo vinculada a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, siempre fue calificado como sobresaliente.

### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

En la demanda se citan como normas violadas las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 58 y 123.

De la Ley 100 de 1993, el artículo 36.

De la Ley 797 de 2003, el artículo 1.

De la Ley 860 de 2003, el artículo 4.

Del Decreto 1950 de 1973, el artículo 105.

Del Decreto 01 de 1984, el artículo 47.

Del Decreto 1071 de 1999, el artículo 19.

Del Decreto 1072 de 1999, el artículo 77.



Número Interno: 0964-2010  
Demandante: Gladys María Cepeda de Hernández  
Demandado: Unidad Administrativa Especial  
Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN-

Al explicar el concepto de violación en la demanda se argumenta que el acto acusado adolece del vicio de falta de competencia porque no fue expedido por el Director General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, sino por un Director encargado, que no se encontraba facultado para ello. Sobre este particular, precisó que la parte motiva del acto acusado no hace referencia al acto de delegación o encargo mediante el cual el Director encargado hubiera asumido las funciones propias del cargo de Director General, entre ellas, las de administración del personal.

Sostuvo que el procedimiento que se siguió para retirar del servicio a la demandante resulta igualmente ilegal en tanto el acto acusado no señaló los recursos que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 Código Contencioso Administrativo, procedían en su contra.

Argumentó que habiéndose reconocido pensión de vejez a la demandante de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, no podía sustentar su retiro del servicio en normas que contienen el régimen general de pensiones, así como aplicarle, de manera retroactiva, las reformas que con posterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 han sido introducidas por las leyes 797 y 860 de 2003.

Se indicó que, aun cuando al caso concreto resultaran aplicables las disposiciones antes anotadas, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, no tuvo en cuenta las previsiones que dichas normas consagran a favor de los derechos adquiridos y situaciones consolidadas por los empleados públicos, con anterioridad a la entrada en vigencia de las mismas.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, contestó la demanda con los siguientes argumentos (fls. 28 a 38):



Número Interno: 0964-2010  
Demandante: Gladys María Cepeda de Hernández  
Demandado: Unidad Administrativa Especial  
Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN-

Se indica en primer lugar, que no le asiste razón a la demandante en cuanto afirma que el Director de Aduanas encargado de las funciones del cargo de Director General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, no contaba con las atribuciones propias de ese cargo toda vez que, el Presidente de la República mediante Decreto 525 de 23 de febrero de 2004, encargó al Director de Aduanas como Director General de Impuestos y Aduanas DIAN, para el período comprendido entre el 7 y el 11 de marzo de 2004.

Precisó que de acuerdo con lo previsto en el artículo 34 del Decreto 1950 de 1973 la situación administrativa del encargo implica asumir las funciones del cargo que se encuentra vacante por falta temporal o definitiva de su titular, razón por la cual, en el caso concreto, no hay duda que el Director de Aduanas, en virtud del encargo hecho por el Presidente de la República, podía remover el personal de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Manifestó que no es cierto que la entidad demandada hubiera omitido manifestar en el acto demandado los recursos que contra él procedían toda vez que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 del código Contencioso Administrativo, tal circunstancia sólo resulta obligatoria en los casos en que contra el acto administrativo acusado proceda algún tipo de recurso, lo cual no sucede en el caso concreto.

Argumentó que en el caso concreto no se aplicó de manera retroactiva el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 dado que, al momento en que se dispuso el retiro de la demandante como Técnico en Ingresos Públicos III, Nivel 27, grado 15, la citada norma ya se encontraba vigente por lo que simplemente, se le dio aplicación, una vez verificado el hecho del reconocimiento pensional.

Indicó que el hecho de que la demandante permaneciera vinculada al servicio de la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas, DIAN, hasta que cumpliera la edad de retiro forzoso, no constituía un derecho adquirido a su favor sino una mera expectativa, por lo que su retiro del servicio podía ser dispuesto en cualquier



Número Interno: 0964-2010

Demandante: Gladys María Cepeda de Hernández

Demandado: Unidad Administrativa Especial  
Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN-

momento con fundamento en la causal prevista por el legislador en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

### LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Santander mediante sentencia de 16 de julio de 2009, negó las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos (fls. 103 a 118):

Sostiene el Tribunal, en primer lugar, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto 1071 de 1999, *“por el cual se organiza la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales como una entidad con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal”*, el funcionario que mediante encargo desempeñe las funciones de la Dirección General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se encuentra facultado para administrar el recurso humano de la citada Dirección y ejercer la facultad nominadora, por lo que, en el caso concreto, el Director de Aduanas encargado de las funciones de la Dirección General de Impuestos y Aduanas estaba facultado para retirar del servicio a la demandante.

En cuanto al fondo del asunto se indica, que la causal de retiro del servicio prevista en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1037 de 2003, bajo el entendido que el empleado no puede ser retirado del servicio sin que se le haya notificado su inclusión en la nómina de pensionados, con el fin de garantizar los ingresos necesarios para su subsistencia.

Precisó que lo previsto por el legislador en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 no implica una derogatoria tácita de las causales de retiro del servicio, propias del régimen especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, sino que, por el contrario constituye la inclusión de un nuevo mecanismo para hacer efectiva la causal de retiro con derecho a jubilación.



Número Interno: 0964-2010  
Demandante: Gladys María Cepeda de Hernández  
Demandado: Unidad Administrativa Especial  
Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN-

Indicó que no existe incompatibilidad entre las normas pensionales que por vía de régimen de transición le son aplicables a los empleados y funcionarios públicos y lo previsto en la Ley 797 de 2003.

Finalmente sostuvo que el hecho de que en el caso concreto la demandante se encontrara inscrita en el sistema de la carrera administrativa y no hubiera llegado a la edad de retiro forzoso no es un argumento válido para considerar que con su retiro del servicio se le vulneraron derechos adquiridos toda vez que, como quedó visto, la causal del retiro del servicio prevista en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 fue declarada exequible por la Corte Constitucional.

### **EL RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión (fls. 121 a 124):

Argumenta el recurrente que el ejercicio de la actividad administrativa por parte del Estado se encuentra sometido a los principios de legalidad y responsabilidad, razón por la cual, debe entenderse que la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas en su actuar no escapa a estos postulados.

Sostuvo que está probado que la demandante se encontraba inscrita en el régimen de la carrera administrativa lo que le confirió una prolongada estabilidad en el empleo de Técnico en Ingresos Públicos III, nivel 27, grado 15, la cual, sólo podía desaparecer en el momento en que cumpliera la edad de retiro forzoso.

Manifestó que la causal de retiro del servicio prevista en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, no es de aplicación absoluta en la medida en que el artículo 53 de la Constitución Política consagra una especial protección de los derechos adquiridos de los empleados y trabajadores al servicio del Estado, como es el caso de la demandante.



**Número Interno:** 0964-2010  
**Demandante:** Gladys María Cepeda de Hernández  
**Demandado:** Unidad Administrativa Especial  
Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN-

Resulta evidente que el Director de Aduanas encargado de las funciones del cargo de Director General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, interpretó el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 en contra de los postulados constitucionales y las reglas que la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha formulado en relación con los derechos y garantías laborales.

Concluyó que de acuerdo con lo expuesto, la demandante tenía derecho a permanecer en el empleo que venía desempeñando en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales hasta tanto hubiera alcanzado la edad de retiro forzoso, por lo que se debe revocar la sentencia del Tribunal y acceder a las pretensiones de la demanda.

### **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

A folios 146 a 151 la Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto en los siguientes términos:

Considera el Ministerio Público que la Ley 797 de 2003 claramente modificó lo dispuesto por el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, el cual disponía que ningún empleado podía obligarse a retirarse del cargo por el sólo hecho de haberse expedido a su favor resolución mediante la cual se le reconociera una prestación pensional.

Precisó que, en su lugar, la citada Ley 797 de 2003, estableció como causal de retiro del servicio el habersele notificado al empleado el reconocimiento pensional, lo cual resulta de imperativo cumplimiento desde el mismo momento en que entró en vigencia tal disposición.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

La apoderada de la Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y



Número Interno: 0964-2010  
Demandante: Gladys María Cepeda de Hernández  
Demandado: Unidad Administrativa Especial  
Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN-

Aduanas Nacionales, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

Señala que no es cierto que en el caso de la demandante exista vulneración de los derechos adquiridos, pues es la misma Ley 797 de 2003, en su artículo 9, la que establece la posibilidad que tiene la administración de retirar a aquellos funcionarios a quienes se les haya reconocido la pensión y estén incluidos en nómina, aún cuando no hayan cumplido la edad de retiro forzoso.

## CONSIDERACIONES

### COMPETENCIA

De conformidad con el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo<sup>1</sup>, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 16 de julio de 2009.

### PROBLEMA JURÍDICO

Se trata de determinar si en el presente caso la entidad demandada, Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, estaba facultada, de acuerdo con lo previsto en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, para retirar del servicio a la demandante por habersele reconocido la pensión de vejez con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha normativa.

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala abordará el estudio de los siguientes aspectos relacionados con el eje central de la controversia:

---

<sup>1</sup> El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión.



Número Interno: 0964-2010  
 Demandante: Gladys María Cepeda de Hernández  
 Demandado: Unidad Administrativa Especial  
 Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN-

## DE LA CAUSAL DE TERMINACIÓN DEL VÍNCULO LABORAL POR RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN

En el régimen de los empleados públicos el artículo 25 del Decreto 2400 de 1968, modificado por el artículo 1º del Decreto 3074 de 1968, dispuso, dentro de las causales de “cesación definitiva de funciones”, el “retiro con derecho a jubilación” (literal d) y “por edad” (literal f), esto es, por haber llegado a la edad de retiro forzoso de acuerdo con lo previsto en el artículo 31 *idem*.

El Decreto 1950 de 1973 dispuso en el artículo 105 que “El retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de funciones públicas”, y se produce, entre otras causales, “6. Por retiro con derecho a pensión de jubilación.”. En el artículo 120 del mismo decreto se indicó que el empleado que tenga derecho a pensión de jubilación o llegue a la edad de retiro, está obligado a comunicarlo a la autoridad nominadora, tan pronto cumpla los requisitos, so pena de incurrir en causal de mala conducta.

A partir de esta normativa, una vez el empleado cumplía los requisitos para acceder al derecho a la pensión de jubilación, procedía a solicitar su reconocimiento, sin que existiera norma expresa que le permitiera permanecer en ejercicio del cargo hasta la edad de retiro forzoso. De acuerdo con la normativa prestacional: i) una vez reconocida la pensión, “se hace efectiva y debe pagarse mensualmente al pensionado desde la fecha en que se haya retirado definitivamente del servicio” (art. 76 Decreto 1848 de 1969); ii) es incompatible el goce de la pensión con la percepción de cualquier otra asignación; y, iii) salvo excepciones expresas, la regla general es la de la prohibición al jubilado de reintegrarse al servicio oficial (arts. 77 y 78 *ibídem*).

Con posterioridad a la Constitución Política de 1991 y con la Ley 100 de 1993 se fijaron algunas reglas para armonizar la permanencia en el ejercicio de un cargo público, pese al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión, de la siguiente manera:



160

Número Interno: 0964-2010  
 Demandante: Gladys María Cepeda de Hernández  
 Demandado: Unidad Administrativa Especial  
 Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN-

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, Parágrafo 3., en su redacción inicial dispuso:

*"No obstante el requisito establecido en el numeral 2 de este artículo [es decir, haber cotizado un mínimo de semanas en cualquier tiempo] cuando el trabajador lo estime conveniente podrá seguir trabajando y cotizando durante cinco (5) años más, ya sea para aumentar el monto de la pensión o para completar los requisitos si fuere el caso" (Paréntesis fuera de texto).*

Y, de manera puntual, sobre el derecho de los servidores públicos a permanecer en ejercicio del cargo hasta la edad de retiro forzoso, pese a existir acto de reconocimiento pensional, se dispuso en el artículo 150 de la misma Ley 100 de 1993, lo siguiente:

*"ART. 150.- (...)*

*Parágrafo. – No podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el sólo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso."*

De otra parte, la Ley 344 de 1996 *"Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones"*, estableció en su artículo 19 que, sin perjuicio de lo estipulado en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, *"el servidor público que adquiriera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso"*. De acuerdo con esta misma norma, *"Los docentes universitarios podrán hacerlo hasta por diez años más"*.

La Ley 443 de 1998 *"Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones"*, en su artículo 37 establecía dentro de las causales de retiro del servicio de los empleados de carrera, literales c) y e), por retiro con derecho a jubilación y por edad de retiro forzoso, respectivamente<sup>2</sup>.

La Ley 909 de 2004 *"Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"*, dispuso en el artículo 41 dentro de las causales de retiro del servicio de quienes estén

<sup>2</sup> Esta Ley fue derogada por el artículo 58 de la Ley 909 de 2004, con excepción de los artículos 24, 58, 81 y 82.



Número Interno: 0964-2010

Demandante: Gladys María Cepeda de Hernández

Demandado: Unidad Administrativa Especial  
Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN-

desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, entre otras:

[...]

e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez<sup>3</sup>;

[...]

g) Por edad de retiro forzoso<sup>4</sup>.

La Ley 797 de 2003 "Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales", en el artículo 9 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, estableció en el párrafo tercero, la causal de retiro del servicio para todos los servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones, por reconocimiento de la pensión de vejez, en los siguientes términos:

*"Párrafo 3°.- Se considera **justa causa** para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador **podrá** dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.*

*Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si éste no la solicita, el empleador **podrá** solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquél.*

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

Esta disposición fue declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-1037 de 2003 "siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión no se pueda dar por terminada la

<sup>3</sup> Este literal fue declarado **CONDICIONALMENTE** exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-501-05 de 17 de mayo de 2005, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, "en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente".

<sup>4</sup> Mediante la Ley 1821 de 30 de diciembre de 2016 la edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de 70 años.



161

Número Interno: 0964-2010  
 Demandante: Gladys María Cepeda de Hernández  
 Demandado: Unidad Administrativa Especial  
 Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN-

relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente”.

Para la Corte, la fijación de causales de terminación del vínculo laboral forma parte de la libertad de configuración normativa que tiene el legislador, mientras se respeten los principios y valores constitucionales. La Constitución no señaló restricciones al Legislador para el establecimiento de las causales de terminación de la relación laboral: *“El Constituyente deja librado al Congreso un gran espacio de configuración legislativa para implantar las mencionadas causales, al no establecer directrices específicas para desarrollar esa materia. Empero, esa autorización no debe entenderse como una habilitación para que desconozca derechos, principios y valores reconocidos por la propia Carta Política, debido a que estos sirven de fundamento y de límite a toda la actividad legislativa”*. Para la Corte, la persona con derecho a la pensión 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”*.

El condicionamiento que introdujo la Corte a la exequibilidad de la norma consiste en que el retiro del servicio solo es posible si el pensionado ha sido notificado de su inclusión en la nómina correspondiente. Sobre el particular, la Corte indicó:

*“11.- La Corte considera que el mandato constitucional previsto en el artículo 2° de la Constitución, según el cual el Estado debe garantizar la “efectividad de los derechos”, en este caso del empleado, público o privado, retirado del servicio asegurándole la “remuneración vital” que garantice su subsistencia, su dignidad humana y los derechos de los trabajadores impone el deber de dictar una sentencia aditiva, esto es que agregue un supuesto de hecho o requisito a los señalados por el legislador con el fin de hacer compatible la norma con la Constitución Política. En este caso es necesario adicionar a la notificación de la pensión la notificación de su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.*



Número Interno: 0964-2010

Demandante: Gladys María Cepeda de Hernández

Demandado: Unidad Administrativa Especial  
Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN-

*La desmejora en los ingresos del trabajador al cambiar su status de trabajador activo al de pensionado, dado que en el mejor de los casos recibirá lo equivalente al 75% de su salario, no puede traducirse tampoco en que no reciba la mesada pensional durante ese intervalo de tiempo, puesto que dicha situación cercenaría, también, la primacía que la Carta reconoce a los derechos inalienables de la persona, en este evento del trabajador.*

*Esta circunstancia permite a la Corte concluir que no puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, precisamente para asegurar al trabajador y a su familia los ingresos mínimos vitales, así como la efectividad y primacía de sus derechos (C.P., arts. 2° y 5°). Por tanto, la única posibilidad de que el precepto acusado devenga constitucional es mediante una sentencia aditiva para que el trabajador particular o servidor público sea retirado sólo cuando se le garantice el pago de su mesada pensional, con la inclusión en la correspondiente nómina, una vez se haya reconocido su pensión”.*

En este orden de ideas, del contenido del texto normativo se derivan los siguientes aspectos que identifican la figura:

1.- Esta causal de terminación del vínculo laboral aplica tanto para los trabajadores del sector privado como para los empleados públicos afiliados al sistema general de pensiones.

2.- El empleador puede hacer uso de esta causal de acuerdo con la sentencia aditiva de la Corte Constitucional C-1037 de 2003, cuando, además de la notificación del reconocimiento de la pensión, se notifique debidamente al pensionado su inclusión en la nómina respectiva, con el fin de que no exista solución de continuidad entre la fecha de retiro del servicio y aquella en la que empieza a percibir la pensión, para de esta manera, asegurar al trabajador los ingresos mínimos vitales y la primacía de sus derechos fundamentales.

3.- De acuerdo con la literalidad de la norma, el legislador al utilizar el vocablo “podrá”, confiere una facultad y/o potestad al empleador, lo que quiere decir que no se trata de un imperativo de forzoso acatamiento. Ello significa, que tratándose de una relación legal y reglamentaria, el empleador goza de la discrecionalidad para, por razones del servicio público y cuando lo estime conveniente, pueda disponer el retiro, una vez se haya surtido el trámite de la inclusión en nómina de pensionados. Esa potestad que la ley confiere al empleador implica un uso



162

Número Interno: 0964-2010  
 Demandante: Gladys María Cepeda de Hernández  
 Demandado: Unidad Administrativa Especial  
 Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN-

razonado de la medida de acuerdo con las necesidades en la prestación del servicio público, atendiendo las circunstancias particulares en cada caso, de manera que se garantice el mínimo vital de la persona que es retirada del servicio por razón del reconocimiento de la pensión de vejez<sup>5</sup>.

**EL PRECEDENTE DE LA SECCIÓN SEGUNDA DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE EL RETIRO DEL SERVICIO POR RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE ACUERDO CON LA CAUSAL DEL PARÁGRAFO 3 DEL ARTÍCULO 9 DE LA LEY 797 DE 2003**

En sentencia de 4 de agosto de 2010 la Sección Segunda<sup>6</sup> concluyó que la causal de retiro del servicio instituida en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, no aplica para quienes se encuentren amparados por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la misma Ley 100 de 1993.

En esa oportunidad la Sala resolvió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda en un caso en el que se demandaba la nulidad del acto administrativo por el cual la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN-, dio por terminada la relación legal y reglamentaria que tenía el demandante con dicha entidad con fundamento en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

La tesis que sostuvo la Sala consiste en que la aplicación de la Ley 797 de 2003 en su artículo 9° parágrafo 3° **“se supedita al respeto del derecho de transición”**(...), pues si el empleado consolidó sus derechos atendiendo la posibilidad de diferir el goce de su pensión y acceder a la reliquidación del monto de pensión prevista en el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, es indiscutible que por efecto del derecho a la transición: i) podrá quedarse en el empleo para reajustar su derecho pensional más allá de la fecha en que se le notificó el acto

<sup>5</sup> En este mismo sentido puede verse la sentencia SL2509-2017 de 15 de febrero de 2017 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Radicación No. 45036.

<sup>6</sup> Radicación No. 250002325000200406145 01 (2533-07) Actor: Alcides Borbón Suescún. Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.



Número Interno: 0964-2010

Demandante: Gladys María Cepeda de Hernández

Demandado: Unidad Administrativa Especial  
Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN-

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” (Negrilla fuera de texto).

Bajo esta postura se resolvió el caso y se accedió a las pretensiones de la demanda, entre otras, por las siguientes razones:

- El derecho consolidado del demandante supone además de lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, también lo previsto en el artículo 150 de la misma Ley 100 de 1993 “en cuanto a la posibilidad de permanecer en el servicio y de mejorar el quantum pensional que le asiste(...)”.
- Las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003 a la Ley 100 de 1993 no eran aplicables al demandante por cuanto a la fecha de expedición de la nueva ley, su situación pensional ya estaba definida bajo el régimen de transición.

El criterio de interpretación fijado en la sentencia de 4 de agosto de 2010 se ha aplicado con posterioridad por la Sala al resolver casos con identidad de supuestos fácticos y jurídicos, es decir, casos en los que se demanda la nulidad de actos administrativos expedidos con fundamento en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 respecto de servidores públicos que consolidaron su derecho pensional bajo el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Entre otras decisiones, se citan las siguientes: i) Sentencia de 6 de septiembre de 2012. Radicación número: 25000-23-25-000-2005-08914-02(1764-09) Actor: BLANCA RUBY MARIN CANO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN; ii) Sentencia de 21 de noviembre de 2011. Radicación número: 25000-23-25-000-2005-01128-01(1444-09) Actora: GLORIA INES BELTRAN DE FORERO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS



163

Número Interno: 0964-2010  
 Demandante: Gladys María Cepeda de Hernández  
 Demandado: Unidad Administrativa Especial  
 Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN-

NACIONALES; iii) Sentencia de 6 de julio de 2011. Radicación número: 76001-23-31-000-2004-03659 01(2166-09) Actora: HILDA CARVAJAL CALONGE Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES; iv) Sentencia de 18 de mayo de 2011. Radicación número: 25000-23-25-000-2004-06148-02(1901-08) Actora: ANA FELISA ROJAS DE PATIÑO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN; v) Sentencia de 20 de enero de 2011. Radicación número: 25000-23-25-000-2004-07982-01(2323-07) Actor: JOSE ENRIQUE GONZALEZ URREGO Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION.

### **El caso concreto**

Se demanda la nulidad de la Resolución 01872 de 11 de marzo de 2004 mediante la cual el Director de Aduanas Encargado de las funciones del cargo de Director General de la Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, dispuso el retiro del servicio de la señora Gladys María Cepeda de Hernández, quien ocupaba el cargo de Técnico en Ingresos Públicos III, Nivel 27, Grado 15, a partir del 1 de abril de 2004, por habersele reconocido pensión de vejez.

### **Hechos probados**

De acuerdo con la copia del registro civil visible a folio 14 del expediente, la demandante nació el 5 de mayo de 1946 en el municipio de Rionegro, Santander.

El Subsecretario de Desarrollo Humano de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales mediante certificación de 6 de mayo de 2004 indicó que la señora Gladys María Cepeda de Hernández había sido incorporada al sistema específico de la carrera administrativa de esa Dirección, en el cargo de Técnico en Ingresos Públicos III, nivel 27, grado 15 (fl. 17).



Número Interno: 0964-2010

Demandante: Gladys María Cepeda de Hernández

Demandado: Unidad Administrativa Especial  
Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN-

Mediante Resolución 026371 de 13 de octubre de 1998, la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, le reconoció a la señora Gladys María Cepeda de Hernández una pensión de vejez en cuantía de \$404.388.35, efectiva a partir del 5 de febrero de 1997. La demandante debía acreditar el retiro definitivo del servicio. De acuerdo con lo consignado en el acto la señora Cepeda de Hernández adquirió su estatus jurídico el 5 de mayo de 1996 y era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (fls. 7 a 10).

Por medio de Decreto 525 de 23 de febrero de 2004, el Presidente de la República encargó al Director de Aduanas Nacionales de las funciones del cargo de Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales (fl. 49).

El 11 de marzo de 2004 el Director de Aduanas encargado de las funciones del cargo de Director General mediante el acto demandado dispuso el retiro del servicio de la señora Gladys María Cepeda, con fundamento en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 (fls. 11 a 12). Para esta fecha la demandante contaba con más de 57 años.

### **La solución de acuerdo con el precedente de la Sala**

Está demostrado en el proceso que la demandante consolidó su derecho pensional el 5 de mayo de 1996, esto es, antes de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, y obtuvo acto de reconocimiento el 13 de octubre de 1998, con efectos a partir del 5 de febrero de 1997, condicionado el pago al retiro del servicio.

El derecho pensional de la señora Gladys María Cepeda de Hernández se reconoció bajo las condiciones previstas en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Adquirió su estatus a la edad de 50 años y por haber completado más de 20 años de servicios<sup>7</sup>.

En este orden de ideas, como la demandante se encontraba amparada por el régimen de transición y consolidó su derecho pensional en vigencia de la Ley 100

<sup>7</sup> En el caso de la demandante que inició su vida laboral el 1 de enero de 1969 le aplicaba el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, luego se pensionaba con 50 años.



Número Interno: 0964-2010  
 Demandante: Gladys María Cepeda de Hernández  
 Demandado: Unidad Administrativa Especial  
 Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN-

de 1993, le asistía el derecho, conforme el artículo 150 de la misma ley, a permanecer en el cargo hasta la edad de retiro forzoso, que para la fecha en que se expidió el acto demandado, era de 65 años.

De acuerdo con la tesis reiterada de la Sala al haber consolidado el derecho bajo el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo referente a edad, tiempo y monto de la pensión, ello significaba para la demandante que las condiciones de su retiro se regían bajo el artículo 150 de la misma normativa, lo que le daba derecho a permanecer en el servicio para mejorar el monto de su pensión, en aplicación del principio de favorabilidad contenido en el artículo 53 constitucional.

En criterio de la Sección Segunda:

*"[...] a las personas pensionadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 o a quienes estuvieren amparados por el régimen de transición pensional, les asiste el derecho de mejorar el monto de su pensión a través de la permanencia en el servicio hasta alcanzar la edad de retiro forzoso. En efecto, el empleado tiene la expectativa de seguir vinculado con la Administración con el objetivo de mejorar sus condiciones laborales en orden a obtener una mesada pensional superior a-la que se le reconocería si se retirara en forma prematura.*

*En consecuencia, la aplicación del parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 debe respetar los derechos emanados del régimen de transición y los provenientes del régimen general adquiridos con anterioridad a la entrada en vigencia de la citada Ley, de modo que se respeten las condiciones en las cuales la accionante adquirió su derecho, y de otra parte que se respete la garantía de quienes tienen la posibilidad de prorrogar el goce de su pensión y acceder a la reliquidación del monto de la misma, prevista en el artículo 150 de la Ley 100 de 1993"<sup>8</sup>.*

En este orden de ideas, el acto administrativo mediante el cual se dispuso retirar del servicio a partir del 1 de abril de 2004, a la señora Gladys María Cepeda de Hernández, por habérsele reconocido la pensión de vejez, es nulo por haber infringido las normas en que debía fundarse.

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 6 de septiembre de 2012. Radicación número: 05001-23-31-000-2004-06871-01(2389-11) Actor: AMPARO DEL SOCORRO CUARTAS CUARTAS. Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN



Número Interno: 0964-2010  
Demandante: Gladys María Cepeda de Hernández  
Demandado: Unidad Administrativa Especial  
Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN-

### **Del restablecimiento del derecho**

En la demanda se solicita, a título de restablecimiento del derecho, que se declare que la señora GLADYS MARIA CEPEDA DE HERNÁNDEZ apenas contaba con 57 años, 8 meses, y 26 días de edad, y tenía derecho a permanecer en el cargo hasta la edad de retiro forzoso. Que se declare que el acto de retiro le causó grave perjuicio, y se condene a título de indemnización a pagarle los salarios y demás beneficios dejados de percibir durante todo el tiempo que le faltó para cumplir la edad de retiro forzoso, previa deducción de lo que devengare a título de mesada pensional.

Respecto del reintegro de la actora debe decirse que no es posible por cuanto de acuerdo con el registro civil de nacimiento (fl. 14), en la actualidad cuenta con más de 65 años (nació el 5 de mayo de 1946). El reintegro tampoco fue solicitado en la demanda.

En este orden de ideas, y como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo demandado, se impone el reconocimiento de los salarios, prestaciones sociales, y demás derechos laborales dejados de percibir desde el momento del retiro efectivo del servicio, esto es, desde el 1 de abril de 2004 y hasta la fecha en que la actora cumplió 65 años de edad, es decir, hasta el 5 de mayo de 2011, de cuyo monto se descontará el valor percibido por la misma por concepto de pensión de vejez por parte de la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, durante el mismo lapso, ordenándose el reintegro de las mesadas recibidas a la entidad de previsión, en aras de salvaguardar los recursos públicos.

Así mismo, se ordenará a la demandada efectuar los aportes a pensión dejados de cotizar durante el período enunciado, descontando de las sumas adeudadas a la actora el porcentaje que por concepto de cotización le corresponde a ésta, a fin de que pueda efectuarse la reliquidación pensional respectiva por la Caja de Previsión.



165

Número Interno: 0964-2010  
 Demandante: Gladys María Cepeda de Hernández  
 Demandado: Unidad Administrativa Especial  
 Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN-

Las sumas que resultaren a favor de la demandante por dicho concepto y a partir de la fecha en que fue retirada del servicio se ajustarán en su valor según el artículo 178 del CCA, 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 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. Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el último inciso del artículo 177 del CCA, adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998.

Sobre la condena en costas, es importante destacar que no procede de manera automática, pues tal y como se indica en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, "(...) solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (...)". Siendo así, teniendo en cuenta que en el trámite de esta instancia no se observa de las partes un actuar temerario, esta Sala no condenará en costas a la parte vencida en esta instancia.

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

### FALLA

**REVOCAR** la sentencia de 16 de julio de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que negó las súplicas de la demanda presentada por GLADYS MARÍA CEPEDA DE HERNÁNDEZ contra la Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

En su lugar, se dispone:



Número Interno: 0964-2010

Demandante: Gladys María Cepeda de Hernández

Demandado: Unidad Administrativa Especial  
Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN-

**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad de la Resolución 01872 de 11 de marzo de 2004, mediante la cual el Director de Aduanas Encargado de las funciones del cargo de Director General de la Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, dispuso el retiro del servicio de la señora Gladys María Cepeda de Hernández, quien ocupaba el cargo de Técnico en Ingresos Públicos III, Nivel 27, Grado 15, a partir del 1 de abril de 2004, por reconocimiento de la pensión de vejez, sin haber llegado a la edad de retiro forzoso.

**SEGUNDO: DECLARAR** que la señora GLADYS CEPEDA DE HERNÁNDEZ tenía derecho a permanecer en el cargo de Técnico en Ingresos Públicos III, Nivel 27, Grado 15, en la Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, hasta la edad de retiro forzoso, esto es, hasta el cumplimiento de los 65 años de edad, por lo que debe entenderse que el retiro efectivo del servicio solo procedía a partir del 6 de mayo de 2011.

**TERCERO:** Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, a reconocer y pagar a la señora GLADYS CEPEDA DE HERNÁNDEZ, los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el 1 de abril de 2004 hasta el 5 de mayo de 2011, fecha en la que cumplió la edad de retiro forzoso, de cuyo monto se descontarán las mesadas percibidas por concepto de pensión de vejez durante el mismo lapso, sumas que serán reintegradas a la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL.

**CUARTO:** Las sumas a que resulte condenada la entidad demandada, se actualizarán teniendo en cuenta la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO: ORDENAR** a la entidad demandada efectuar las cotizaciones al sistema pensional respectivo dejadas de realizar durante el lapso mencionado, descontando



166.

Número Interno: 0964-2010  
 Demandante: Gladys María Cepeda de Hernández  
 Demandado: Unidad Administrativa Especial  
 Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN-

de las sumas laborales adeudadas el porcentaje que de ello corresponde a la actora, de conformidad con el régimen pensional que la cobija.

**SEXTO: DECLARAR** que para todos los efectos legales no existió solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte de la demandante, hasta la fecha en que debió efectuarse legalmente su retiro.

**SÉPTIMO: DAR** cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del CCA.

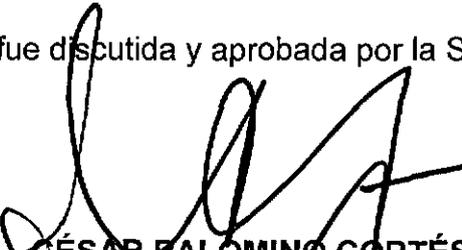
**OCTAVO:** Ejecutoriada esta providencia, envíese copia a la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, para los efectos pertinentes.

**NOVENO:** No hay lugar a condena en costas.

**DÉCIMO: RECONOCER** a la abogada LINA MARIA CAMPILLO GARCIA, como apoderada de la Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, en los términos y para los efectos del poder conferido.

#### **CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

  
 CÉSAR PALOMINO CORTÉS

  
 CARMELO PERDOMO CUÉTER

  
 SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Proceso recibido en secretaría

Hoy **11 MAR 2019**

*Handwritten signature or mark*