



5

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente : 05001-23-31-000-2008-01186-01 (1204-2015)
Demandante : **Ana Rosa Restrepo Delgado**
Demandado : Departamento de Antioquia - contraloría general
Tema : Retiro por reconocimiento de pensión de vejez;
indemnización por supresión de cargo

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la demandante (ff. 282 a 289) contra la sentencia de 12 de noviembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia (subsección laboral de descongestión)¹, mediante la cual negó las súplicas de la demanda dentro del proceso del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 La acción (ff. 1 a 5 y 102 a 103). La señora Ana Rosa Restrepo Delgado, mediante apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a incoar acción de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (CCA), contra el departamento de Antioquia - contraloría general, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.2 Pretensiones. Se declare la nulidad de la Resolución «[...] 0724 expedida por el Secretario General de la Contraloría General de Antioquia mediante la cual decidió retirar[la] del servicio [...] por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez en la Resolución 7-06 del 11 de julio de 2005 emitida por Pensiones de Antioquia [...]».

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada pagar «[...] la indemnización legal correspondiente conforme a lo estatuido en la ley 909 de 2004 con la indexación correspondiente desde la fecha de retiro del servicio hasta su pago efectivo»; por último, condenar en costas a la accionada.

De manera subsidiaria, solicita la anulación de la mencionada Resolución y del oficio «[...] 013863 expedido por el Director Administrativo y Financiero

¹ Folios 269 a 279 vuelto.



de la Contraloría General del Departamento mediante el cual se negó el pago de la indemnización legal correspondiente»; y se disponga «[...] el pago de la indemnización legal correspondiente conforme a lo estatuido en la ley 909 de 2004 con la indexación correspondiente desde la fecha de retiro del servicio hasta su pago efectivo».

1.3 Fundamentos fácticos. Relata la actora que nació el 11 de octubre de 1949, fue vinculada a Benedán en 1978 (entidad departamental), luego se le nombró «[...] en el cargo de la plaza de empleo de Profesional Universitario código 21902, [...] adscrito a la planta globalizada de la entidad del Departamento de Antioquia desde 1989», y el 13 de diciembre de 1993, mediante Resolución 66, «[...] fue inscrita en carrera administrativa».

Que «En el año de 2005, por una exigencia de su jefe inmediato, [...] solicitó el reconocimiento de su Pensión de Vejez a Pensiones de Antioquia» y «El 11 de julio de 2005 la Gobernación de Antioquia a través de la entidad Pensiones de Antioquia [...] le concedió la pensión [...] en la Resolución número 7-06 por una cuantía mensual de \$1.724.218», efectiva a partir del momento en que se acreditara el retiro del servicio.

Dice que el 1º de abril de 2008, «[...] el Contralor General de Antioquia [...] mediante la Circular No 0614 expuso lo siguiente: “Con el fin de minimizar el impacto social que genera una reestructuración administrativa como la que nos ocupa, solicito al personal de carrera administrativa que han considerado el retiro voluntario con la indemnización de que trata la Ley 909 de 2004, manifestar esa intención entre el 1º y 08º de abril, ambas fechas inclusive.**QUIENES TIENEN CUMPLIDOS SUS REQUISITOS PARA ACCEDER A LA PENSIÓN....PODRÁN OPTAR POR EL RETIRO VOLUNTARIO...**” (Mayúsculas nuestras)».

Que «El 07 de abril de 2008 [...] manifestó que de acuerdo a lo comunicado en la circular ya mencionada, se acogía al retiro voluntario. Radicó su escrito bajo el número 008056 de la misma fecha». Al día siguiente «[...] la Contraloría General de Antioquia, a través de su Secretario General, [...] expidió la Resolución No 0724 mediante la cual decidió retirar[la] del servicio [...] por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez en la Resolución 7-06 del 11 de julio de 2005 emitida por Pensiones de Antioquia».

Afirma que el 9 de mayo de 2008 se le notificó la Resolución 724 y «[...] se



le informó que su vinculación perduraría hasta el 15 de mayo de 2008». Mediante «Oficio 010950 de 2008, el Director Administrativo y Financiero de la Contraloría General de Antioquia, solicitó [su] inclusión en la nómina [...]».

Que el 22 de mayo de 2008 «[...] requirió a la Contraloría General de Antioquia para el pago de la indemnización legal», pero le fue negada con oficio 13863 de 12 de junio siguiente, al estimar que «[...] no podía disfrutar de la indemnización prometida en la circular 0614 del 1º de abril de 2008 por tener en su expediente la Resolución 706 del 11 de julio de 2005 donde se le concede la pensión de jubilación y que podrá disfrutarla “a partir del día siguiente al momento en que acredite el retiro definitivo del servicio oficial”». Lo anterior, pese a que «[...] sí concedió por retiro voluntario la indemnización a otros funcionarios que tenían cumplidos los requisitos para pensión y se la negó a la demandante».

Agrega que fue incluida en nómina de pensionados a partir del 30 de agosto de 2008.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. *Cita como normas violadas por el acto administrativo demandado los artículos 2, 29 y 209 de la Constitución Política; la Ley 909 de 2004 y el Código de lo Contencioso Administrativo.*

Alega violación de la Constitución Política, puesto que «La administración pública no puede ofrecer a sus administrados una compensación patrimonial para que se retiren del servicio y posteriormente, de espaldas a la discusión correspondiente, indicar que no reconocerá los derechos a los funcionarios públicos. Las reglas de juego del ejercicio de la función pública son estrictamente reguladas y deben aplicarse perentoriamente. De ahí que no pueda la administración defraudar así a los funcionarios estatales».

Que «[...] en la Resolución 0724 podemos observar una violación a la legalidad de la Ley 909 de 2004, pues está [sic] ley al ser revisada por la Corte Constitucional en la sentencia C- 501 de 2005 donde declara EXEQUIBLE el literal e) del artículo 41 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, es decir, para la Corte en los casos de retiro del servicio por haber obtenido la pensión de



jubilación o vejez se debe adicionar a la notificación de la pensión la notificación de su inclusión en la nómina [sic] de pensionados correspondiente. Por lo tanto, al no adicionarle a la señora ANA ROSA RESTREPO DELGADO su notificación a la inclusión en la nómina de pensionados correspondiente, al mismo tiempo que se le notificó sobre la concesión de su pensión; están contrariando la legalidad de la Ley 909 de 2004».

Arguye que la resolución demandada «[...] trae una clara desviación de poder pues [...] el Contralor General de Antioquia [...] dictó esa resolución para un fin distinto del que se le ha investido de competencia; ese fin distinto es no darle la indemnización correspondiente al retiro voluntario ofrecida en la circular 0614 del 1º de abril de 2008. Así pues se apegó de la resolución de pensión [...] para no pagarle la indemnización, sabiendo que esa resolución no produce efectos sino hasta que se le adicione a la notificación de pensión su inclusión en la nómina de pensionados».

Que «En el caso en cuestión, la demandante había solicitado su reconocimiento de pensión desde julio de 2005. Sin embargo, no estaba obligada a retirarse por no estar en retiro forzoso y por tanto, decidió mantenerse vinculada laboralmente [...]», por lo que «Como se trataba de UNA OPCIÓN, la funcionaria decidió, una vez concedida la pensión, mantenerse en el empleo hasta que se hiciera compulsivo su retiro del cargo, esto es, hasta la edad de retiro forzoso. Por tanto, el Contralor Departamental no podía sino esperar que ella ejerciera la opción de retiro unilateralmente. No podía separarla del cargo sino a través de la aceptación que ella hiciera de la compensación por retiro voluntario».

1.5 Contestaciones de la demanda:

1.5.1 Gobernación de Antioquia (ff. 65 a 69 y 114 a 115). Este órgano, por medio de apoderada, manifiesta que no le constan los hechos del libelo introductorio; expresa que «[...] no fue el Gobernador de Antioquia, ni ninguno de los funcionarios de la administración departamental quien profirió los actos administrativos a través de los cuales se retir[o [sic] del servicio a la demandante, en razón de ello, no existe razón para haber llamado al Departamento de Antioquia al presente proceso. Los artículos 267 y 272 de la Constitución Nacional se refieren a las Contralorías como entidades de carácter técnico dotadas de autonomía administrativa y



presupuestal».

Que «De acuerdo a lo narrado en la demanda, la demandante fue retirada del servicio habiendo cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, causa legal tra[ida [sic] por la Ley 909 de 2004 para que un servidor publico [sic] sea retirado del servicio, pues en este caso la demandante no la pensionaba la Contraloria [sic] General de Antioquia sino Pensiones de Antioquia, entidad ante la cual la demandante debía solicitar su reconocimiento de pensión como efectivamente lo hizo y la cual según los hechos de la demanda efectivamente empieza [a] disfrutarla, pues para la fecha de su retiro de la entidad ya Pensiones de Antioquia había emitido la Resolución 7-06 del 11 de julio de 2005 mediante la cual ordenaba el reconocimiento de la pensión de jubilación de la demandante».

Indica que «[...] considerar que una persona que ya cumplió con los requisitos para pensionarse, tiene derecho a una Indemnización, cuando es sabido que esta se entrega a un servidor público en compensación a una desvinculación en la cual no aparece en ningún momento la posibilidad de recibir una pensión, tendríamos que aceptar que los servidores que estuvieran a puertas de cumplir requisito de pensión de jubilación primero optaría por una desvinculación con indemnización y luego una decisión de pensión de jubilación, es decir que estaría favorecido dos veces por una misma situación, su desvinculación, actuaciones que afectarían el interés general y público» (sic).

1.5.2 Contraloría de Antioquia (ff. 125 a 142). Este organismo, a través de apoderada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y se refirió a cada uno de los hechos de la demanda, en el sentido de que algunos son ciertos, otros no y los demás que se prueben.

Asevera que la circular 614 de 1º de abril de 2008 del contralor de Antioquia «[...] no constituía ningún compromiso, ni establecía una obligación de parte de la entidad para el pago de la indemnización frente a las personas interesadas que “manifestaran su intención”, toda vez que se trató de la utilización de un mecanismo o medio por el cual la administración pretendía hacer una [sic] sondeo o exploración general, para efectos presupuestales, es decir, realizar una cuantificación de los recursos que se requerirían para llevar a efecto la reestructuración administrativa, analizando por supuesto, cada caso particular, respecto de las solicitudes allegadas».



Que «Una vez recibidas las cartas con la manifestación de intención, como era lo lógico, se llevó a cabo el estudio y confrontación de dichas comunicaciones frente a los documentos y antecedentes de cada situación particular, advirtiéndose que la señora Restrepo Delgado, tenía un derecho consolidado, ya había sido notificada, y por tanto, era conocedora del contenido de la resolución donde se le reconocía el derecho a disfrutar de su pensión de vejez; el acto administrativo la había autorizado para el inicio del disfrute de su pensión de jubilación, independientemente del hecho de que ella se hubiese quedado en la entidad laborando». Por ende, «Siendo conocedor de dicha situación, al órgano de control no le era dable contabilizarla dentro del grupo de personas a indemnizar, porque se estaría incurriendo en un detrimento patrimonial al Estado, teniendo en cuenta que, fue ella quien de manera personal solicitó el reconocimiento de su pensión y sabía que le había sido concedida».

Afirma que «Es la misma Ley 909 de 2004 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público”, la que consagró que la incorporación o indemnización por supresión del cargo, tiene como objetivo proteger al funcionario de carrera administrativa, cuando el ejecutivo en uso de sus facultades extraordinarias, se vea en la necesidad de suprimir algunos cargos, por la fusión o reestructuración de las entidades en aras a la modernización del Estado; esto fue lo que sucedió en el presente caso, pero aclarando que la expedición de una circular, no le otorgó en ningún momento el derecho a recibir indemnización a la demandante, toda vez que se hizo con el fin de elaborar un posible escenario de beneficiarios y cuantías, para cuando se autorizara la reestructuración mediante acto administrativo: Decreto Ordenanza 1248 del 8 de mayo de 2008».

1.6 La providencia apelada (ff. 269 a 279 vuelto). El Tribunal Administrativo de Antioquia (subsección laboral de descongestión), en sentencia de 12 de noviembre de 2014, negó las súplicas de la demanda, al considerar que «[...] el beneficio contenido en el artículo 150 de la Ley 100 de 1993 [según el cual no podrá obligarse a ningún servidor público a retirarse del cargo por el solo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso] **cobija a los beneficiarios del régimen de transición que hayan consolidado su derecho pensional antes de entrar en vigor la Ley 797 de 2003 (29 de enero de 2003), pues la jurisprudencia citada [Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, sentencia de 21 de noviembre de 2011, consejero ponente Luis**



Rafael Vergara Quintero, expediente 25000-23-25-000-2005-01128-01(1444-09)] lo que pretendió fue conservar dicho beneficio para quienes habiendo consolidado el derecho a su pensión antes de la mencionada fecha, difirieron su goce y luego se vieron enfrentados a una normativa que prevé el reconocimiento de la pensión como una causal válida de retiro del servicio, siendo más favorable el pluricitado artículo 150 de la Ley 100. Así las cosas y aterrizando al caso concreto, la actora no pudo consolidar su derecho a disfrutar la pensión hasta antes del 11 de octubre de 2004 (f. 42), porque solo hasta entonces cumplió los 55 años de edad que exige la Ley 33 de 1985 para pensionarse, sin mencionar que empezó a trabajar en el año 1978; es decir, consolidó su derecho pensional estando en vigencia la aludida causal de retiro (Ley 797 de 29 de enero de 2003), por lo que no es posible aplicar la prerrogativa contenida en el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, que fue derogado tácitamente por la pluricitada Ley 797 de 2003, que dispuso en su artículo 24 “La presente ley rige al momento de su publicación y deroga los artículos 30 y 31 de la Ley 397 de 1997 y **demás normas que le sean contrarias**”(negrillas fuera de texto)».

Sostiene que «Si el artículo 9º parágrafo 3º de la Ley 797 de 2003 dispone que se considera justa causa para dar por terminado, como en este caso, la relación legal o [sic] reglamentaria, que el trabajador cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, añadiendo que el empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o [sic] reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones, es porque el retiro del servicio procede precisamente una vez se reconoce y devengue la pensión, por lo que se considera legítimo que el régimen de transición otorgue una permisión para seguir laborando hasta la edad de retiro forzoso a quienes adquirieron el derecho pensional en vigencia del artículo 150 de la Ley 100 de 1993. Una vez en vigor el artículo 9º parágrafo 3º de la Ley 797 de 2003, la prerrogativa de seguir laborando hasta la edad de retiro forzoso desapareció, así se hiciera parte del régimen de transición, y ello es consecuencia de una decisión del Legislador, no del acto administrativo acusado. En otras palabras, se trataría en últimas de una cuestión de constitucionalidad del mencionado precepto de la Ley 797 de 2003 y no de ilegalidad de la decisión administrativa aquí enjuiciada que se limitó a aplicar la referida ley tal como consta en el acto de retiro del servicio en donde se invoca dicha disposición, por lo cual no era procedente pagar ninguna indemnización a la demandante por supresión de cargo».



Que «*Si bien es cierto la actora condicionó su retiro al pago de la indemnización ofrecida, la citada ley habilitaba a la accionada para retirar del servicio a la actora, cuya única pretensión en el caso concreto es el pago de esta, por lo que la presunción de legalidad del acto acusado debe mantenerse incólume y, en consecuencia, deben negarse las súplicas de la demanda. Dicho de otro modo, como el retiro por tener cumplidos los requisitos para la pensión de jubilación es una justa causa legal para dar por terminado el vínculo legal y reglamentario, de conformidad con el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, no era legítimo pagar indemnización alguna a la actora, así hubiera sido ofrecida por la Administración*».

1.7 El recurso de apelación (ff. 282 a 289). Inconforme con la anterior sentencia, la demandante, mediante apoderado, interpuso recurso de apelación, al estimar que «*[...] tiene derecho a ser indemnizada, en primer lugar, porque su retiro se produjo como consecuencia de haber renunciado voluntariamente a su cargo, motivada por una falsa promesa del Contralor General del Departamento de Antioquia, - condicionada al reconocimiento y pago a su favor de la indemnización públicamente ofrecida, - y en segundo lugar, porque encontrándose en situación de régimen de transición, su retiro fue ilegal, configurándose la causal de nulidad del acto llamada falsa motivación por indebida aplicación de la ley*».

Que «*[...] por tratarse, sin duda, del incumplimiento de una promesa pública de indemnización, con el cual se lesionó el derecho de la actora, ANA ROSA RESTREPO DELGADO, de permanecer en el cargo hasta la edad de retiro forzoso, ese incumplimiento no puede ser apreciado como una situación meramente anecdótica y sin consecuencias, sino que debe tener las consecuencias procesales propias del incumplimiento de la oferta pública, las cuales son el reconocimiento y pago de la indemnización públicamente ofrecida*».

Asegura que «*[...] cotejadas las fechas de emisión de la Resolución 706 del 11 de Julio de 2005, por cuyo medio le fue reconocida la pensión a ANA ROSA RESTREPO DELGADO, y de la Resolución 0724 del 8 de mayo de 2008, QUE LA INCLUYÓ EN LA NÓMINA, encontramos que la Resolución de reconocimiento de la pensión, no reúne los requisitos señalados en la sentencia C - 1037 de 2003 [...]*», que declaró «*[...] EXEQUIBLE el parágrafo 3 del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión, no se pueda dar por*



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

Que «La conclusión a que llegó el Consejo de Estado en la mencionada sentencia [de 4 de agosto de 2010], se concreta en que el empleado que se encuentre en régimen de transición, - misma situación en que se encontraba la señora ANA ROSA RESTREPO DELGADO -, está legalmente facultado para diferir el ejercicio de su función hasta la edad de retiro forzoso y la entidad no puede aplicarle optativamente la causal de justa causa».

Concluye que su inclusión en nómina pensional se produjo con resolución de 19 de diciembre de 2008 y el Consejo de Estado en sentencia de 24 de octubre de 2012 reiteró «[...] su posición respecto al derecho de permanecer en el cargo hasta la edad de retiro forzoso».

II. TRÁMITE PROCESAL.

El recurso de apelación fue concedido mediante proveído de 22 de enero de 2015 (f. 292) y admitido por esta Corporación a través de auto de 4 de junio siguiente (f. 297), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las otras partes por estado, en cumplimiento del artículo 212 del CCA.

2.1 Alegatos de conclusión. Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, con auto de 25 de septiembre de 2015 (f. 299), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara.

2.1.1 Parte accionada:

2.1.1.1 Gobernación de Antioquia (ff. 300 y 301). A través de apoderado, insiste «[...] en los argumentos por los que se considera que el acto administrativo demandado en la presente causa, se encuentra dentro de los parámetros legales, fundado, motivado y soportado no sólo en la Ley, sino en la Constitución Política y conforme al precedente jurisprudencial desarrollado sobre el tema, por tanto es apenas razonable que la decisión del a quo haya sido negar las suplicas [sic] de la demanda [...]».

2.1.1.2 Contraloría de Antioquia (ff. 307 a 311). Mediante apoderada, reitera



los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda y agrega que *«En el debate jurídico, la demandante no cumplió con la carga que le impone el artículo 177 del C.P.C., no se demostraron los cargos endilgados; contrario sensu, han sido desvirtuados los supuestos vicios del acto administrativo atacado, tampoco se demostró que la decisión de los actos administrativos fuera expedida con falsa motivación, desviación de poder o violación de la ley, causales que deben surgir claramente de las pruebas aportadas por quien las invoca, para llevar al Juzgador a la certeza incontrovertible de que los motivos que tuvo la Administración al proferir el acto acusado, no están en armonía con el interés general»*.

2.1.2 Parte demandante (ff. 313 a 321). La actora, por intermedio de apoderado, reitera los planteamientos aducidos en el memorial de alzada y dice que *«[...] el A quo ignoró que, la renuncia a su cargo que hiciera la demandante [...], no fue resultado de un acto libre y espontaneo, sino que fue producto de evidente inducción en error, por la falsa promesa de la indemnización que hizo el CONTRALOR GENERAL DE ANTIOQUIA»*.

Que *«La demandante tiene pleno derecho a ser indemnizada, en primer lugar, porque su retiro se produjo como consecuencia de renuncia motivada por una falsa promesa del Contralor General del Departamento de Antioquia, - condicionada al reconocimiento y pago a su favor de la indemnización públicamente ofrecida, - y en segundo lugar, porque encontrándose en situación de régimen de transición, su retiro fue ilegal, configurándose la causal de nulidad del acto llamada falsa motivación por indebida aplicación de la ley»*.

III. CONSIDERACIONES.

3.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 129 del CCA a esta Corporación le corresponde conocer del presente litigio, en segunda instancia.

3.2 Problema jurídico. Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si a la demandante le asiste razón jurídica o no para reclamar la indemnización por supresión de cargo prevista en el artículo 44² de la Ley 909 de 2004,

² «Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir



comoquiera que no le fue cancelada pese a que aún no estaba incluida en nómina de pensionados, por lo que tenía el derecho a seguir vinculada hasta la edad de retiro forzoso.

3.3 Caso concreto. El material probatorio traído al plenario da cuenta de la situación respecto de los hechos a los cuales se refiere la presente demanda, en tal virtud, se destaca:

a) A través de Resolución 66 de 13 de diciembre de 1993, la entonces comisión seccional del servicio civil del Departamento Administrativo de la Función Pública inscribe a la demandante en el escalafón de carrera administrativa en el empleo de analista presupuestal y financiera de la contraloría departamental en la ciudad de Medellín (ff. 8 a 40).

b) Según acta de posesión de 7 de febrero de 2006, la accionante fue incorporada, con Resolución 90 de los mismos mes y año, «[...] *para el cargo de Profesional Universitario, Código 21902, adscrito a la Planta Globalizada*» de la contraloría general de Antioquia, en carrera administrativa (f. 199).

c) Por medio de Resolución 7-06 de 11 de julio de 2005 (ff. 42 a 44), Pensiones de Antioquia reconoce a la accionante pensión de vejez a partir del día siguiente al momento en que acredite el retiro del servicio oficial con base en la Ley 797 de 2003, modificatoria de la Ley 100 de 1993, al estimar que «[...] *Pensiones de Antioquia, al encontrar que la señora ANA ROSA RESTREPO DELGADO, es beneficiaria del Régimen de Transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con la Ley 33 de 1985, liquidó su prestación de conformidad con esta norma, dando un monto menor de Pensión de Vejez, comparado con el monto a que tendría derecho si se liquida con fundamento en los artículos 21, 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 737 de 2003. Por lo anterior y en aplicación del artículo 288 de la Ley 100 de 1993, que desarrolló el principio de favorabilidad, se procedió a reconocer la Pensión de vejez con fundamento en esta última norma*».

d) Con circular 614 de 1º de abril de 2008 (f. 45), el contralor general de Antioquia informa a los empleados en carrera administrativa lo siguiente:

indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización».



Es de conocimiento de todo el personal, que a la fecha se está elaborando un Proyecto de Profesionalización de la Contraloría General de Antioquia.

Con el fin de minimizar el impacto social que genera una reestructuración administrativa como la que nos ocupa, solicito al personal de carrera administrativa **que han considerado el retiro voluntario con la indemnización de que trata la Ley 909 de 2004**, manifestar esa intención entre el 1º y 08 de abril, ambas fechas inclusive.

Quienes tienen cumplidos sus requisitos para acceder a la pensión o quienes tienen una expectativa próxima de cumplir sus requisitos, podrán optar por el retiro voluntario con indemnización.

Lo anterior, con el fin de realizar el calculo [sic] del monto económico que se requiere para cancelar las indemnizaciones.

f) Mediante escrito de 7 de abril de 2008, la actora manifiesta al contralor general de Antioquia su voluntad de retirarse del servicio «[...] *siempre y cuando se cumpla con lo ofrecido*», en la circular citada en la letra anterior (f. 46).

g) Con Resolución 724 de 8 de mayo de 2008 (ff. 47 y 48), el contralor general de Antioquia retira del servicio a la demandante, quien ocupaba el empleo de profesional universitario, código 21902, a partir del 16 siguiente, al considerar:

B. Que la Ley 797 de 2003, dispuso en su artículo 9º, que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, quedará así:

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

C. Que la Ley 909 de 2004, en su artículo 41, consagra las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, en el



literal e: “*Por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez*”.

D. Que mediante Resolución número 706 del 11 de julio de 2005, el Fondo de Pensiones Antioquia, resolvió conceder la pensión de jubilación a la señora ANA ROSA RESTREPO DELGADO [...] “*a partir del día siguiente al momento en que acredite el retiro definitivo del servicio oficial*”, de allí que sea necesario dar por terminada su relación laboral con la Contraloría General de Antioquia, en la plaza de Profesional Universitario, Código 21902, cargo adscrito a la planta globalizada de la Entidad, a partir de la comunicación de la presente Resolución.

h) A través de oficio de 12 de mayo de 2008, el director administrativo y financiero de la contraloría general de Antioquia solicita del gerente de Pensiones de Antioquia, en atención a la precitada Resolución, la inclusión en nómina de pensionados de la accionante desde el 16 siguiente (ff. 50 y 51).

i) Por medio de memorial de 22 de mayo de 2008 (f. 52), la actora pidió del contralor general de Antioquia información acerca de la fecha en que se efectuaría el pago de la indemnización ofrecida por él en la circular 614 de 1º de abril de 2008, lo cual le fue negado con oficio 13863 de 12 de junio siguiente, ya que «*Una vez que los funcionarios manifestaron la voluntad de acogerse al retiro voluntario con la indemnización de que trata la Ley 909 de 2004, se realizó el respectivo análisis de cada caso y en el suyo se encontró que mediante Resolución número 706 del 11 de julio de 2005, el Fondo de Pensiones de Antioquia, le concedió la pensión de jubilación y entraría a disfrutarla, “a partir del día siguiente al momento en que acredite el retiro definitivo del servicio oficial”*», lo que comporta «[...] *una razón jurídica para terminar la relación laboral con la administración pública*». Además, le indica que «*El Fondo de Pensiones de Antioquia, informó a la oficina Asesora Jurídica de la Entidad, que a la fecha, no se ha presentado al referido Fondo para entregar el certificado de desempleo, aperturar [sic] la cuenta donde le consignarán la mesada y afiliarse a la respectiva Empresa Promotora de Salud*» y «*Una vez que realice las referidas diligencias, le serán canceladas las mesadas pensionales adeudadas desde el día siguiente al retiro de la Entidad*» (f. 53 y vuelto).

j) De acuerdo con oficio de 17 de octubre de 2013 del subdirector administrativo de la contraloría de Antioquia, con destino a este proceso, la accionante era la única funcionaria que tenía otorgada la pensión de vejez, mediante acto administrativo, por parte de Pensiones de Antioquia, los demás



que manifestaron su voluntad de retiro tenían la adquisición del estatus mas no su reconocimiento, por lo que les fue concedida la indemnización de que trata el artículo 44 de la Ley 909 de 2004 (ff. 211 a 215).

De las pruebas anteriormente enunciadas se desprende que ciertamente (i) la accionante fue inscrita en el escalafón de carrera administrativa en el empleo de analista presupuestal y financiera de la contraloría general de Antioquia el 13 de diciembre de 1993; (ii) el 7 de febrero de 2006 tomó posesión del cargo de profesional universitario, código 21902, que ejerció en carrera administrativa; (iii) le fue reconocida pensión de vejez, mediante Resolución 7-06 de 11 de julio de 2005 de Pensiones de Antioquia, con fundamento en la Ley 797 de 2003, comoquiera que pese a ser acreedora del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, le era menos favorable la aplicación de la Ley 33 de 1985; (iv) en el marco del procedimiento de profesionalización del mencionado organismo, por medio de circular 614 de 1º de abril de 2008, el contralor departamental comunicó a los empleados de carrera la posibilidad de optar por el retiro voluntario con derecho a la indemnización prevista en la Ley 909 de 2004, así como para aquellos que tuviesen cumplidos los requisitos para acceder a la pensión o quienes tenían una expectativa próxima de colmarlos; (v) la actora manifestó su intención de retirarse, siempre que le fuera pagada la indemnización a la que hizo alusión el contralor en la anterior circular; pero (vi) fue retirada del servicio, conforme a los artículos 9º (parágrafo 3º) de la Ley 797 de 2003 y 41 de la Ley 909 de 2004, en atención a que tenía reconocida pensión de vejez a través de Resolución 7-06 de 11 de julio de 2005; (vii) dada la anterior determinación, el 22 de mayo de 2008 solicitó la indemnización prometida en la mencionada circular, la que le fue negada con fundamento en los mismos argumentos expuestos en el acto de retiro; y (viii) el 12 de mayo de 2008, el contralor departamental pidió del gerente de Pensiones de Antioquia incluirla en nómina de pensionados ante su desvinculación.

Ahora bien, cabe precisar que el retiro del servicio de la demandante en razón al reconocimiento de su pensión en principio tiene como fuente jurídica el artículo 41 de 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*», que dispone:

Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y



de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

- a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;
- b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;
- c) [letra declarada inexecutable mediante sentencia C-501 de 17 de mayo de 2005]
- d) Por renuncia regularmente aceptada;
- e) [letra declarada condicionalmente executable con sentencia C-501 de 17 de mayo de 2005] **Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;**
- f) Por invalidez absoluta;
- g) Por edad de retiro forzoso;
- h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;
- i) [letra declarada condicionalmente executable a través de sentencia C-1189 de 22 de noviembre de 2005] Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;
- j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5o. de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;
- k) Por orden o decisión judicial;
- l) Por supresión del empleo;
- m) Por muerte;
- n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

Parágrafo 1o. [parágrafo declarado inexecutable]

Parágrafo 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado [negrilla y subrayado de la Sala].

La letra e de la precitada disposición fue objeto de examen de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, por medio de sentencia C-501 de 17 de mayo de 2005, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa, que concluyó su executable de manera condicionada, «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», al discurrir así:

Cuando un servidor público ha laborado durante el tiempo necesario para acceder a la pensión de vejez, resulta razonable que se prevea la terminación de su relación laboral cuando la disminución de su producción laboral puede afectar la eficiente y eficaz prestación del servicio a cargo de la entidad. Esta posibilidad a la vez que permite el acceso a dicho cargo a otras personas en condiciones de igualdad, garantiza el derecho del ex funcionario a disfrutar de la pensión. Sin embargo, a fin de garantizar la efectividad de los derechos del pensionado y asegurar que pueda gozar del descanso, en condiciones dignas, es preciso, que dicha causal opere a partir del momento en que se hace efectivo ese derecho, esto es, a partir de la inclusión del funcionario en la nómina de pensionados de la entidad.

Por su parte, el párrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, le otorgó la potestad al empleador o nominador de dar por terminada la relación laboral cuando el empleado o trabajador tiene reconocida su pensión de jubilación, al establecer lo siguiente:

Artículo 9º. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:
[...]

Parágrafo 3º. 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 con 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 [sic] 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 este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

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



El anterior párrafo contentivo de la nueva causal de terminación del contrato de trabajo o de la relación legal y reglamentaria, fue declarado exequible en forma condicionada por la Corte Constitucional, en sentencia C-1037 de 5 de noviembre de 2003, con ponencia del doctor Jaime Araújo Rentería, al sostener:

7.- El cargo de inconstitucionalidad formulado por el actor contra el párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 está fundado en el argumento de que el Legislador quebrantó la libertad laboral, la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad, la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales, la favorabilidad y “*la primacía de la realidad sobre las formalidades de las disposiciones legales*” de las personas titulares de relaciones laborales públicas o privadas, al permitir que puedan ser retirados del servicio al cumplir con los requisitos para tener derecho a la pensión, y al facultar al empleador terminar la relación laboral cuando sea reconocida o notificada la pensión, así como, también, al facultarlo para solicitar el reconocimiento de la misma a nombre del empleado.

La Corte no comparte ese argumento, pues no tiene respaldo constitucional alguno. Así, el mismo Constituyente facultó al Legislador para que estableciera causales adicionales a las reguladas directamente por la Constitución para el retiro del servicio de los empleados públicos.

En consecuencia, compete al Legislador, en ejercicio de la potestad de configuración política, determinar las demás causales de terminación de las relaciones laborales públicas y privadas, respetando los límites, principios y valores constitucionales. Por tanto, la regulación prevista en el párrafo 3° del artículo 9° de Ley 797 de 2003, al establecer una causal de terminación de la relación laboral, tiene amparo constitucional, si se entiende como más adelante se indicará.

8.- 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.

[...]

Por ello, la Corte declarará **EXEQUIBLE** el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, mediante sentencia aditiva, pues además de la notificación del reconocimiento de la pensión exigirá, para hacerla conforme con la constitución, la notificación de su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente. En síntesis la Corte adiciona a la primera notificación, otra, la de su inclusión en la nómina de pensionados.

De acuerdo con el precedente constitucional al que se ha hecho referencia, para que proceda la terminación de la relación legal y reglamentaria con ocasión del reconocimiento de la pensión de jubilación como justa causa, resulta indispensable que (i) el servidor público cumpla los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, (ii) se haya efectuado el reconocimiento pensional, (iii) el acto a través del cual se reconozca la pensión haya sido debidamente notificado al servidor a quien se pretende retirar del servicio y (iv) al igual que su inclusión en nómina de pensionados, que no tiene otro objetivo que proteger a la persona su mínimo vital y su jubilación en condiciones dignas.

Resulta oportuno aclarar que la anterior disposición derogó tácitamente la prohibición contenida en el artículo 150³ de la Ley 100 de 1993, y en consecuencia dejó vigente la aludida causal de terminación de la relación laboral; es así como también la Ley 909 de 2004, en su artículo 41, la incluyó dentro de las causales de cesación de la función pública.

Por otra parte, en lo que atañe a la aplicación del parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 a los empleados públicos que se encuentran inscritos en carrera administrativa, precisa la Sala que esta norma no distingue entre las diferentes categorías de trabajadores a la cual está destinada, pues «[...] *rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones*», sin hacer discriminación alguna.

³ «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.

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» (subraya la Sala)



Acerca de la aplicación de la preceptiva contenida en el parágrafo 3° del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, esta sección se pronunció en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, expediente 25000-23-25-000-2004-06145-01(2533-07), en los siguientes términos:

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 más 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 2003,⁴ 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 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.

[...]

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**

⁴ Expediente No. 3636-02.



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 órdenes.

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.

Nótese que en criterio de esta sección, la aplicación de la causal de retiro como la contempló la Ley 797 de 2003, debe analizarse en cada caso en particular teniendo en consideración que el servidor público, quien tiene reconocida pensión de jubilación o vejez, sea beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puesto que el sistema de pensión de los servidores públicos previsto en la Ley 33 de 1985 (anterior a la entrada en vigor de la Ley 100) permite el mejoramiento del monto pensional, en la medida en que la persona tiene derecho a pensionarse con el promedio de lo devengado durante el último año de servicios.

En el asunto *sub examine* se observa que si bien es cierto que la accionante colmó el mínimo de edad exigido para ser acreedora del régimen de transición preceptuado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, también lo es que la Resolución 7-06 de 11 de julio de 2005 le reconoció su pensión de vejez conforme a la Ley 797 de 2003, comoquiera que por aplicación del principio de favorabilidad, le era menos beneficiosa la Ley 33 de 1985, por lo que igualmente le era aplicable la preceptiva del parágrafo 3° del artículo 9 de aquella Ley.



Por lo tanto, el caso de la accionante no guarda analogía fáctica con el asunto tratado por esta sección en la precitada sentencia de 4 de agosto de 2010, puesto que, se insiste, a pesar de haber tenido derecho al régimen de transición de la Ley 100, su pensión de vejez fue reconocida bajo los parámetros fijados en la Ley 797 de 2003, mientras que la controversia sometida a estudio de esta Sala en aquella oportunidad se contraía a una persona que además de ser beneficiaria de esa transición, le fue concedido el derecho pensional con fundamento en la Ley 33 de 1985 (situación que difiere de la de la aquí accionante).

En otras palabras, la actora no tiene un derecho adquirido para continuar vinculada a la entidad demandada hasta la edad de retiro forzoso, toda vez que su relación laboral se vio afectada al emerger a la vida jurídica la Ley 797 de 2003, norma bajo la cual fue pensionada por vejez, que estipuló una nueva causal de retiro que permite dar por terminada la relación legal y reglamentaria que mantenga el funcionario con la entidad a propósito del reconocimiento de una pensión de jubilación.

Asimismo, se precisa que aunque la mencionada norma se encuentra condicionada en el sentido de que tal potestad de disponer del retiro de un servidor público con reconocimiento pensional hasta cuando esté incluido en nómina por parte de la respectiva entidad de previsión social, lo cierto es que esa inclusión solo es dable en el caso cuando se demuestre el retiro del servicio ante la entidad de previsión social, como lo garantizó la contraloría general de Antioquia antes de la efectividad de la desvinculación de la actora, que comunicó a Pensiones de Antioquia acerca de la Resolución 724 de 8 de mayo de 2008, por la cual la retiró, para que el pago de su pensión se realizara a partir del 16 siguiente.

Aunque la accionante alega que su inclusión en nómina se hizo el 19 de diciembre de 2008, no obra en el expediente copia de la resolución que la ordenó, ni mucho menos el trámite por ella ejercido para lograr dicho fin (además de que en la demanda afirma que fue el 30 de agosto de esa anualidad); no obstante, sí se evidencia que hasta la fecha del oficio 13863 (12 de junio de 2008) de la contraloría de Antioquia, ella no había efectuado las diligencias a su cargo como «*entregar el certificado de desempleo, aperturar [sic] la cuenta donde le consignarán la mesada y afiliarse a la respectiva Empresa Promotora de Salud*», pese a que el ente demandado garantizó que Pensiones de Antioquia pudiera incluirla en nómina desde el 16 de mayo de 2008.



Por lo anterior, si bien es cierto que la sentencia C-1037 de 5 de noviembre de 2003 condicionó el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 del mismo año, también lo es que la demandada no dispuso el retiro inmediato de la actora y procuró que Pensiones de Antioquia (que valga decir también comporta naturaleza pública) pudiera empezar a pagar la pensión, máxime cuando el artículo 128 constitucional prevé que «*Nadie podrá [...] recibir más de una asignación que provenga del tesoro público [...]*», por lo que no era dable tenerla vinculada más allá de la fecha de retiro, porque desde ahí empezaría a pagarse la pensión, como en efecto ocurrió.

En lo que atañe a la violación del derecho a la igualdad de la demandante respecto de sus demás compañeros que manifestaron su voluntad de retiro y a quienes sí se les otorgó la indemnización por supresión de empleo, lo cierto es que no es dable realizar un test de igualdad frente a situaciones particulares diferentes, en la medida en que (i) la accionante, en relación con los demás empleados, era la única que tenía concedida su pensión de vejez, (ii) pese a que ella presentó escrito en el que expresó el deseo de retirarse voluntariamente en los términos de la circular del contralor general de Antioquia que les prometió, en su sentir, la indemnización por supresión de cargo, el ente demandado no la retiró por esa manifestación sino por la facultad contenida en los artículos 9° (parágrafo 3°) de la Ley 797 de 2003 y 41 de la Ley 909 de 2004, que no da derecho a ningún tipo de compensación; y (iii) la aludida circular no prometió algo más allá de lo establecido en la Ley 909 de 2004, ya que fue clara en que podían optar por el retiro voluntario con indemnización, aquellos empleados que tenían cumplidos los requisitos para acceder a una pensión o con expectativa de colmarlos próximamente, es decir, que no tuvieran reconocida pensión.

Con base en los razonamientos que se dejan consignados, en armonía con los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará la sentencia de primera instancia, que negó las súplicas de la demanda.

Por último, comoquiera que quien se halla habilitado legalmente para ello, confirió poder en nombre de la contraloría general de Antioquia, se reconocerá personería a la profesional del derecho destinataria de dicho mandato (ff. 302 a 306).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso



Expediente: 05001-23-31-000-2008-01186-01 (1204-2015)
Acción de nulidad y restablecimiento del derecho
Ana Rosa Restrepo Delgado contra Antioquia – contraloría general

administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

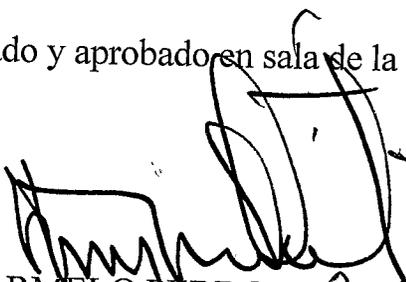
1.º Confírmase la sentencia de doce (12) de noviembre de dos mil catorce (2014) proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia (subsección laboral de descongestión), que negó las súplicas de la demanda en el proceso instaurado por la señora Ana Rosa Restrepo Delgado contra el departamento de Antioquia – contraloría general, conforme a la parte motiva.

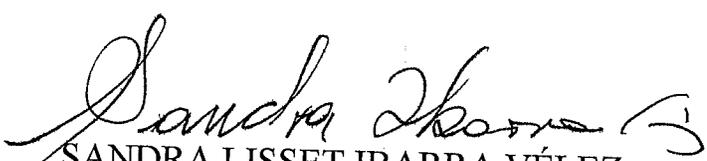
2.º Reconócese personería a la abogada Isabel Cristina Posada Durando, identificada con cédula de ciudadanía 43.874.063 y tarjeta profesional 153.539 del Consejo Superior de la Judicatura, para representar a la contraloría general de Antioquia en los términos del poder otorgado.

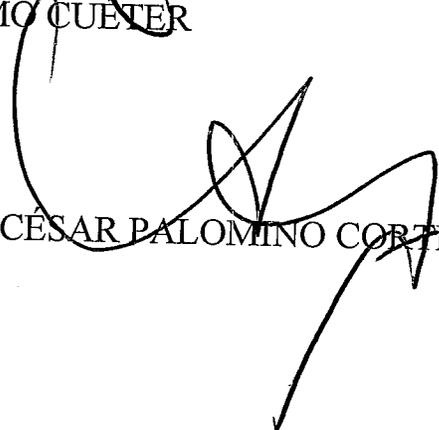
3.º Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de la fecha.


CARMELO PERDOMO CUETER


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ


CÉSAR PALOMINO CORTÉS