REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, dieciocho (18) de octubre dos mil diecinueve (2019).

MEDIO DE CONTROL: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
DEMANDANTE: **JAIRO EDUARDO MARTÍNEZ SALAMANCA**
DEMANDADO: **CONTRALORÍA GENERAL DE BOYACÁ-DEPARTAMENTO DE BOYACÁ**
RADICACIÓN: 150013333001 **2015 00168**-00

I. ASUNTO

Decide el Despacho sobre el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instaurado por JAIRO EDUARDO MARTÍNEZ SALAMANCA, contra la CONTRALORÍA GENERAL DE BOYACÁ y el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ con el objeto que se declare la nulidad de la Resolución No. 594 del 12 de noviembre de 2014, suscrita por el Contralor General de Boyacá que retiró del servicio al demandante, y del oficio No. O.AJ.012 del 23 de enero de 2015 suscrito por la Asesora Jurídica de la Contraloría General de Boyacá por el que le informó al actor que la decisión inicial no constituye un acto definitivo por lo que no era posible de ningún recurso.

II. SÍNTESIS DEL CASO

El peticionario se desempeñaba en la planta de personal de la CONTRALORÍA GENERAL DE BOYACÁ, como profesional universitario código 219 grado 11. El 19 de noviembre de 2014, fue notificado de la Resolución No. 594 del 12 de noviembre de 2014 mediante la cual fue retirado del servicio en ejercicio de la facultad prevista en el parágrafo 3 del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, vale decir, por cumplir los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez. La decisión quedó en suspenso hasta tanto la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones lo incluyera en nómina de pensionados y una vez cesaran los efectos del fuero sindical del que era titular.

Con la demanda pretende el actor sea reintegrado al cargo que desempeñaba, o a uno de igual o superior jerarquía hasta cuando cumpla la edad de retiro forzoso.

III. LA DEMANDA

1.- Pretensiones.

Pretende JAIRO EDUARDO MARTÍNEZ SALAMANCA a través del medio de control instaurado mediante apoderado que se declare la nulidad de la Resolución N° 594 del 12 de noviembre de 2014, expedido por la CONTRALORÍA GENERAL DE BOYACÁ por el cual se dispuso el retiro del actor quien fungía como profesional universitario código 219 grado 11, al igual que se declare la nulidad del Oficio No. OAJ012 del 23 de enero de 2015, suscrito por la Asesora Jurídica de la Contraloría General de Boyacá en el que resolvió recurso de reposición en contra de la resolución antes mencionada.

A título de restablecimiento solicitó se ordene a la entidad demandada su reintegro al cargo que desempeñaba, o a uno de igual o superior jerarquía hasta cuando cumpla la edad de retiro forzoso.

Igualmente pidió se ordene el reconocimiento y pago por el valor correspondiente a salarios, primas, vacaciones, prestaciones sociales, bonificaciones; así mismo incluir los intereses moratorios causados y la indexación de todos los valores conforme con el IPC.

Así mismo, se declare que para todos los efectos salariales prestacionales y laborales no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio desde la fecha del retiro hasta que se ejecute en reintegro.

Finalmente solicitó que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

2.- Fundamentos Fácticos

En resumen, los hechos en los cuales se fundan las pretensiones de la demanda son:

Que se vinculó en carrera administrativa desde el año 1993 como profesional universitario código 219 grado 11, en la Contraloría General de Boyacá y que durante los años que prestó su servicio se desempeñó con eficiencia, responsabilidad, honestidad y lealtad.

Que se encontraba amparado por fuero sindical y era miembro de las juntas directivas de las organizaciones sindicales ASCONTRACOL - vicepresidente, ASCONTRACOL-SUBDIRECTIVA BOYACÁ - presidente a partir de agosto de 2014 y ASCONTRABOY - presidente a partir de junio de 2014.

Que el 19 de noviembre de 2014, le fue notificada la Resolución No. 594 del 12 de noviembre del mismo año, mediante la cual lo retiró del servicio con justa causa a partir del 1 de febrero de 2015 por haber obtenido pensión de jubilación. Dicha resolución estableció que su retiro sería efectivo una vez fuera incluido en nómina de pensionados por parte de Colpensiones y cesaran los efectos del fuero sindical.

Que el 26 de noviembre del 2014, interpuso recurso de reposición contra la resolución ya mencionada a fin de que se revocara íntegramente; recurso que fue resuelto por la Asesora Jurídica de la Contraloría General de Boyacá indicando que no era un acto definitivo y que el mismo se encontraba condicionado a la inclusión en nómina de pensionados y al cese del fuero sindical del que gozaba en ese momento el demandante.

Que el 20 de enero de 2015, la Contraloría General de Boyacá presentó proceso de levantamiento de fuero sindical en contra del actor ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Tunja.

Que el 20 de febrero de 2015, se notificó de la Resolución No. GNR25162 del 01 de febrero de 2015 (la cual resolvió recurso de apelación modificando la Resolución GNR 333707 de 2014) que le reconoció la pensión mensual de jubilación con inclusión en nómina de pensionados a partir del 1 de febrero de 2015.

Que en razón a lo anterior, el 2 de marzo de 2015 el demandante presentó renuncia irrevocable a los cargos directivos de las organizaciones sindicales, la cual fue aceptada el 3 de marzo de 2015.

Que una vez cumplidas las condiciones de la Resolución No. 594 de 2014 (reconocimiento pensión e inclusión en nómina y el cese del fuero sindical), el 4 de marzo de 2015 el actor informó al Contralor General de Boyacá de la renuncia al fuero e hizo entrega de los elementos de trabajo; procediendo dicha entidad el día 5 de marzo de 2015 a su retiró del servicio al excluirlo de nómina y retirarlo del sistema de seguridad social en salud.

Que el 28 de abril del 2015, le notificaron la Resolución No.198 del 14 de abril del 2015 expedida por el Contralor General de Boyacá, en la que se declaró la vacancia del empleo que desempeñaba el actor por abandono del cargo de profesional universitario 219 grado 11.

Que el 26 de mayo de 2015, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito Judicial de Tunja profirió fallo desestimatorio de las pretensiones de la demanda dentro del proceso especial de levantamiento de fuero sindical, e indicó que el señor Jairo Eduardo Martínez Salamanca desde el 4 de marzo de 2015 ya no ostentaba la calidad de servidor público ni de aforado, por haber renunciado a los cargos de dirigente sindical y haberse aceptado su renuncia.

3.- Normas Violadas y Concepto de Violación.

El apoderado del demandante indicó como normas transgredidas los artículos 1, 2, 6, 13, 25, 48, 53, 83, 121, 122 y 123 de la Constitución Política, Ley 33 de 1985, artículo 1°; Ley 100 de 1993, artículos 11, 36 y 150; Ley 797 del 2003 artículo 1°; citó la sentencia de Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda, Subsección – Consejera ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, expediente No. 25000- 23-25-000-2005-05713-02.

Señaló que es evidente la ilegalidad de los actos administrativos demandados, en la medida en que fue retirado del servicio por el hecho de haber cumplido los requisitos para obtener su derecho pensional (55 años de edad y 20 de servicio) desconociendo que era beneficiario del régimen de transición dispuesto en la Ley 100 de 1993 y por lo tanto podía permanecer en el empleo hasta la edad de retiro forzoso, es decir 65 años de edad.

IV.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.- La apoderada del **Departamento de Boyacá** - (fls. 131-140 Vto.), manifestó que se opone a las pretensiones de la demanda, por carecer la entidad que representa de legitimación pasiva en la causa, ya que según el Consejo de Estado, en sentencia del 22 de octubre del 2015, exp. 63001 23 31 000 2008 00156 01, M.P GUILLERMO VARGAS AYALA, en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho las Contralorías Territoriales tienen capacidad para comparecer al proceso sin que se requiera demandar también al respectivo departamento.

Señaló que los actos demandados fueron expedidos por la Contraloría General de Boyacá y se encuentran revestidos de legalidad y no están afectados de ninguna de las causales establecidas en el art. 137 del C.P.A.C.A., en tanto como consta en el Resolución No. 594 del 12 de noviembre de 2014, se encuentra fundada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, la cual considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria el hecho de que el empleado cumpla con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación

Indicó que la Contraloría General de Boyacá, actuó conforme a lo establecido en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

2.- La apoderada de la **Contraloría General de Boyacá** señaló que la decisión de retirar del servicio al actor obedeció a la materialización de la Resolución N°. 189 del 14 de abril de 2015, por medio de la cual se declaró la vacancia definitiva, por ausencia reiterada e injustificada del señor Jairo Eduardo Martínez Salamanca a su lugar de trabajo, siendo absoluta desde el 05 de marzo de 2015, fecha en la que no se había presentado renuncia al cargo de Profesional Universitario 219 grado 11 de la planta de personal de la Contraloría General de Boyacá por parte del aquí demandante, así como tampoco existía acto administrativo en firme que haya decretado el retiro efectivo. (fls. 148-167)

Finalmente, propuso las excepciones de inepta demanda por falta de los requisitos de procedibilidad, indebida representación del demandante por insuficiencia de poder en la solicitud de conciliación, caducidad de la acción, indebida formulación de las pretensiones en la solicitud de conciliación extrajudicial para el agotamiento de requisito de procedibilidad, inexistencia de los requisitos establecidos por la Ley 100 de 1993 artículo 36 para ser beneficiario del régimen de transición y error en la individualización del acto acusado.

V. ACTUACIONES PROCESALES

La demanda fue presentada el 18 de agosto de 2015, ante la Oficina de Servicios para los Juzgados Administrativos de Tunja, correspondiéndole su trámite a este Despacho (fl. 106), la cual fue inadmitida.

Mediante auto del 14 de abril de 2016, una vez corregida, se procedió a su admisión (fls. 124 y 125).

Por auto del 29 de septiembre de 2016, se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial, el día 21 de octubre del mismo año (fl. 220).

La audiencia inicial se llevó a cabo en dos partes, la primera el día 21 de octubre de 2016 (fls. 22-224), donde el despachó procedió a realizar el saneamiento del proceso y resolver las excepciones propuestas por las apoderadas de las entidades demandadas, la continuación de la audiencia inicial, se llevó a cabo el día 9 de febrero de 2018, en la que el despacho procedió a realizar la fijación del litigio, se decretaron las pruebas de las partes y de oficio, se fijó fecha para la audiencia de pruebas el día 17 de abril de 2018, con el fin de practicar las pruebas decretadas (fls. 251 a 253).

La audiencia de pruebas se llevó realizó en la hora y fecha fijada, durante la cual se entendieron como legales, válidas y oportunas, todas las pruebas documentales allegadas al proceso, con la excepción de la solicitud vista a folio 288, realizada por la Contraloría General de Boyacá, seguidamente se procedió a ordenar a las partes la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes a la terminación de la misma (fls. 291 y 292).

VI. DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

1. Excepciones previas (Artículo 180-6 CPACA)

Las entidades demandadas propusieron excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inepta demanda por falta de los requisitos de procedibilidad, indebida representación del demandante por insuficiencia de poder en la solicitud de conciliación, caducidad de la acción, indebida formulación de las pretensiones en la solicitud de conciliación extrajudicial para agotamiento del requisito de procedibilidad, inexistencia de los requisitos establecidos por la ley 100 de 1993 art. 36 para ser beneficiario del régimen de transición, error en la individualización del acto acusado.

En relación a las excepciones denominadas inepta demanda por falta de los requisitos de procedibilidad, indebida representación del demandante por insuficiencia de poder en la solicitud de conciliación e indebida formulación de las pretensiones en la solicitud de conciliación extrajudicial, por agotamiento del requisito de procedibilidad, se declararon infundadas.

Frente a la denominada caducidad de la acción el Despacho consideró que no ha operado dicho fenómeno, declarándola no probada.

Por otro lado, en relación a la excepción denominada error en la individualización del acto acusado fue negada.

Y respecto de la inexistencia de los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario del régimen de transición y la falta de legitimación en la causa por pasiva, esta instancia indicó que las mismas se analizarían con el fondo del asunto.

Contra dicha decisión la apoderada de la Contraloría General de Boyacá interpuso recurso de apelación, decisión que fue confirmada por el Tribunal Administrativo de Boyacá (fl. 229-234).

2. Fijación del litigio (Artículo 180-7 CPACA)

En la continuación de la audiencia inicial, se verificó que existía consenso frente a los hechos 4 y 19 de la demanda mientras que en los demás hechos se consideraron objeto de prueba. La fijación del litigio fue establecida en los siguientes términos:

> *"(...) la controversia se contrae a determinar si los actos demandados están afectados de nulidad y en consecuencia determinar si es procedente ordenar el reintegro del señor JAIRO EDUARDO MARTÍNEZ SALAMANCA, al cargo de Profesional Universitario código 219 grado 11° a uno de igual o superior jerarquía,(...) hasta cuando cumpla la edad de retiro forzoso, con el consecuente pago de prestaciones laborales y sociales que se le adeuden desde cuando se produjo su retiro hasta cuando sea efectivamente reintegrado a su cargo(...)".*

Contra dicha decisión no hubo pronunciamiento de las partes ni se presentaron recurso (fl. 251 anverso).

VII. AUDIENCIA DE PRUEBAS Y ALEGACIONES FINALES

1. Audiencia de Pruebas.

El 17 de abril de 2018, se surtió la audiencia de que trata el artículo 181 del CPACA, con el fin de recaudar las pruebas decretadas en audiencia inicial.

2. Alegatos de conclusión.

2.1. El DEPARTAMENTO DE BOYACÁ (fl. 294-300) presentó escrito de alegatos de conclusión y reiteró los argumentos de la contestación de la demanda.

2.2. LA CONTRALORÍA GENERAL DE BOYACÁ (fl. 301-310) reiteró los argumentos hechos en la contestación. Agregó que el ente de control no retiró del servicio al aquí demandante, de manera unilateral, sino que tal decisión obedeció a la Resolución GNR 333707 de fecha 24 de septiembre de 2014 proferida por COLPENSIONES.

2.3. La parte demandante (fl. 311-314) presentó escrito de alegatos de conclusión reiterando las manifestaciones hechas en la demanda.

2.4. El Ministerio Público no se pronunció.

VIII. CONSIDERACIONES

1. Problema Jurídico

Corresponde determinar si hay lugar a decretar la nulidad de la Resolución No. 594 del 12 de noviembre de 2014, mediante la cual se dispuso el retiro del servicio del señor JAIRO MARTÍNEZ SALAMANCA por reconocimiento de pensión de jubilación quedando en suspenso hasta que cesaran los efectos de fuero sindical y se incluyera en nómina de pensionados, y del Oficio No. O.J.A. 012 del 23 de enero de 2015 que resolvió el recurso de reposición interpuesto, expedidos por la CONTRALORÍA GENERAL DE BOYACÁ.

2. Pruebas practicadas

En el expediente obran las siguientes pruebas documentales:

- **Oficio del 22 de junio de 1994, por el cual le comunican al demandante que ha sido inscrito en carrera administrativa en el empleo de Auditor Fiscal código VI, según Resolución No. 0094 del 21 de junio de 1994 emanada de la Comisión Seccional del Servicio Civil (fl.155 anexo 1 – cuaderno 1).**

- Copia de la Resolución No. 0832 del 25 de noviembre de 1998, por la que incorporan funcionarios escalonados en carrera administrativa a la Contraloría General de Boyacá entre otros el demandante y acta de incorporación No. 233 del actor en el cargo de profesional Universitario 340-03 de la planta global de la entidad (fl. 216 - 219 del anexo 1- cuaderno 2).

- **Copia del acta de inscripción número 001 de abril 17 de 2002, expedida por la Inspección de Trabajo de Tunja, en la cual se inscribe en el registro sindical a la Organización ASCONTRABOY, y se establece la Junta Directiva de la citada organización sindical, donde aparece el señor JAIRO EDUARDO MARTÍNEZ SALAMANCA en el cargo de Presidente (fl. 349 a 350 del anexo 1- cuaderno 2).**

- **Copia de la Resolución No. 594 del 12 de noviembre de 2014 "por medio de la cual se efectúa el retiro del servicio de un funcionario por reconocimiento de pensión de jubilación" - del señor JAIRO EDUARDO MARTÍNEZ SALAMANCA (fls. 24 a 25 del expediente y fls. 894 a 895 del anexo 1- cuaderno 5).**

- Oficio del 18 de noviembre de 2014, emitido por el director administrativo de la CONTRALORÍA GENERAL DE BOYACÁ, mediante el cual se le notificó al demandante la Resolución No. 594 del 12 de noviembre de 2014, *con efectos fiscales a partir del 01 de febrero de 2015* (fl. 23 del expediente y fl.910 del anexo 1- cuaderno 3).

- Recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 594 del 12 de noviembre del 2014 radicado el 26 de noviembre de 2014 (fls.26 a 28 del expediente).

- **Copia del Oficio No. OAJ12 del 23 de enero de 2015, por medio del cual se le resuelve recurso de reposición interpuesto contra la Resolución Nro. 594 del 12 de noviembre de 2014 por parte de la CONTRALORÍA GENERAL DE BOYACÁ (fls.30 a 33 del expediente).**

- Resolución No. GNR 333707 del 24 de septiembre del 2014, expedida por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, en la cual se le reconoce la pensión de vejez al señor JAIRO EDUARDO MARTÍNEZ SALAMANCA (fls. 34 a 40 del expediente y 897 a 900 anexo 1- cuaderno 5).

- Copia auténtica de la Resolución Nro. GNR 25162 del 04 de febrero de 2015 por medio de la cual COLPENSIONES reliquidó la pensión de vejez del señor JAIRO EDUARDO MARTÍNEZ SALAMANCA (fls. 41 a 44 del expediente).

- Copia de la carta de renuncia presentada por el demandante a la organización sindical ASCONTRACOL-SUBDIRECTIVA BOYACÁ con fecha del **02 de marzo de 2015** (fl. 45 del expediente).

- Copia del oficio de renuncia presentada por el señor JAIRO EDUARDO MARTÍNEZ SALAMANCA a la organización sindical ASCONTRABOY con fecha del **02 de Marzo de 2015** (fl. 46 del expediente).

- Copia de la carta de renuncia presentada por el actor al cargo de vicepresidente de la Junta Directiva Nacional de ASCONTRACOL NACIONAL, del **02 de marzo de 2015** (fl.47 del expediente).

- Oficio de fecha 03 de marzo del año 2015, mediante en la cual la organización sindical ASCONTRACOL-SUBDIRECTIVA BOYACÁ le informó al señor JAIRO EDUARDO MARTÍNEZ SALAMANCA que fue aceptada su renuncia al cargo de Presidente Subdirectiva Boyacá (fl.48 del expediente).

- Oficio de fecha 03 de marzo de 2015, por el que le informan al actor que fue aceptada la renuncia suscrita por el vicepresidente de ASCONTRABOY (fl. 49 del expediente).

- Oficio de fecha 04 de marzo de 2015 de ASCONTRACOL, en el que le comunican al demandante que fue aceptada la renuncia al cargo de Vicepresidente Nacional de la junta Nacional (fl.50 del expediente).

- Oficio de fecha 04 de marzo de 2015, por el que el actor le comunica y allega copia de la aceptación de las renuncias a los cargos de dirigente sindical, al señor CONTRALOR GENERAL DE BOYACÁ (fl.51 del expediente y 933 Anexo 5- cuaderno 5).

- Oficio de fecha 04 de marzo de 2015, en el cual el demandante le comunica y allega copia de la aceptación de las renuncias a los cargos como dirigente y

miembro sindical, ante el despacho del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Tunja radicado 2015-021 (fl. 52 del expediente).

- Oficio de fecha 04 de marzo de 2015, en el cual el señor JAIRO EDUARDO MARTINEZ SALAMANCA, **hizo entrega de sus elementos de trabajo a la Contraloría General de Boyacá y copia de paz y salvo con dicha entidad** (fl.92 a 94 del expediente).

- Copia en medio magnético del fallo proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Tunja, del 26 de mayo de 2015, dentro del proceso especial de levantamiento de fuero sindical incoado por la CONTRALORÍA GENERAL DE BOYACÁ en contra del señor JAIRO EDUARDO MARTÍNEZ SALAMANCA, radicado No. 2015-00021. En el que se estableció que desde el día 04 de marzo de 2015, el señor JAIRO EDUARDO MARTÍNEZ SALAMANCA, no ostentaba la calidad de servidor público y por lo tanto no tenía calidad de aforado, ya que el fuero que lo amparaba había cesado ipso facto; resolviendo *"Desestimar las pretensiones de la demanda conforme a lo señalado en esta sentencia (....)"*, en contra de la sentencia en cita las partes no presentaron ningún recurso (fl. CD visto a fl.104 del expediente).

- Certificaciones expedidas por la Contraloría General de Boyacá del 28 de febrero de 2018, de tiempo de servicio y del último cargo desempeñado por el demandante (fls. 267-268 del expediente).

- Copia de la Resolución No. 189 de 14 de abril de 2015, expedida por el Contralor General de Boyacá, mediante el cual declaró la vacancia del cargo de Profesional Universitario 219 – Grado 11 que ocupaba el señor Jairo Eduardo Martínez Salamanca a partir del 5 de marzo de 2015, por abandono del cargo (fls. 169-173).

- Copia de la Resolución No. 315 del 09 de junio de 2015, por medio de la cual se revocó la Resolución No. 189 del 14 de abril de 2015, suscrita por el Contralor General de Boyacá con la constancia de notificación al actor (fl. 279-282 del expediente).

- Copia de la Ordenanza No. 18 del 28 de abril de 1926, por medio de la cual se creó el *"Departamento de Contraloría"* en Boyacá (fls.269-278 del expediente).

3. Tesis de las partes:

3.1. Tesis de la parte demandante:

Al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante contaba con más de 15 años de servicio como consta en la resolución que le reconoció la pensión de vejez y como tal, es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de dicha ley. Esta situación impedía al Contralor General de Boyacá retirarlo del servicio con fundamento en la facultad prevista en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que no resulta aplicable a las personas beneficiarias del régimen de transición, dándole el derecho a permanecer en el empleo hasta la edad de retiro forzoso (65 años), lo que conlleva a que la Resolución No. 594 de 12 de noviembre de 2014 sea ilegal.

3.2. Tesis de la Contraloría General de Boyacá:

- Los actos administrativos demandados no definieron el retiro del actor de la Contraloría, sino que dicha decisión fue adoptada a través de la Resolución N°.

189 del 14 de abril de 2015, mediante la cual se declaró la vacancia definitiva del cargo por ausencia reiterada e injustificada de su lugar de trabajo.

- Si bien esta decisión fue aparentemente abolida a través de la Resolución N°. 315 de 9 de junio de 2015, lo cierto es que el procedimiento de revocatoria resulta contrario a las exigencias del artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, según el cual *"cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular"*. En otras palabras, al no haberse obtenido el consentimiento del demandante para revocar el acto que declaró la vacancia del cargo, la Resolución No. 315 de 9 de junio de 2015 no nació a la vida jurídica y por lo tanto ha de tenerse en firme la decisión inicial.

- La decisión de retiro del servicio no obedeció a la voluntad de la Contraloría sino a la decisión del demandante de abandonar su cargo, entregar sus elementos de trabajo y de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual fue reconocida por Colpensiones y dada a conocer a la Contraloría General de Boyacá por dicha administradora de pensiones mediante oficio de 24 de septiembre de 2014. Para que ese acto fuera eficaz, vale decir, para que fuera incluido en nómina de pensionados, debía ser retirado del servicio por la Contraloría.

- Es justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal y reglamentaria, el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley para acceder a la pensión de vejez siempre y cuando se garantice la no solución de continuidad entre el retiro y la inclusión en la nómina de pensionados. Presupuesto que fue cumplido por la Contraloría.

- El ejercicio de la facultad prevista en la Ley 797 de 2003 para dar por terminada la relación legal y reglamentaria no fue objeto de excepción para los beneficiarios del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Por lo demás, el actor no cumple ni con la edad ni con el tiempo de servicio señalado en la misma norma, para ser considerado beneficiario del citado régimen.

3.3. *Tesis del Departamento de Boyacá*:

- Las Contralorías Territoriales tienen capacidad para comparecer al proceso sin que se requiera demandar también al respectivo departamento.

- La Resolución No. 594 del 12 de noviembre de 2014, se encuentra fundada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, la cual considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria el hecho de que el empleado cumpla con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación.

- El procedimiento seguido por la Contraloría General de Boyacá, se encuentra ajustado a lo establecido en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

4. Tesis del despacho:

4.1. De los actos que definieron la situación jurídica del demandante:

Una de las tesis planteadas por la Contraloría General de Boyacá radica en que los actos demandados no definieron el retiro del actor en la entidad, sino que lo fue la Resolución No. 189 del 14 de abril de 2015, mediante la cual se declaró la vacancia definitiva del cargo por abandono del mismo. Según lo señalado por el

ente de control, dicha resolución fue materia de revocatoria directa a través de la Resolución No. 315 de 9 de junio de 2015 la cual fue proferida sin el consentimiento del afectado, por lo cual no puede como válido el procedimiento a la luz del artículo 97 del CPACA.

Verificadas las pruebas allegadas al plenario, el Despacho advierte que la Resolución No. 315 de 9 de junio de 2015, en efecto, fue proferida sin que se hubiese obtenido el consentimiento *previo, expreso y escrito del respectivo titular* para proceder a la revocación del acto administrativo que declaró el abandono del cargo. Sin embargo, cabe preguntarse si la Contraloría requería de ese consentimiento formal para proceder a la revocatoria de un acto que produce efectos nocivos para un ciudadano.

Apoyado en la jurisprudencia del Consejo de Estado[1] este juzgado considera que la respuesta a este cuestionamiento es negativa. El consentimiento de que trata la ley solo es exigible de los actos que ofrezcan confianza a su beneficiario de la titularidad de una posición jurídica *favorable* determinada. La Sección Cuarta del alto tribunal se refirió a este tópico en los siguientes términos[2]:

> "2.8 Advierte la Sala que la revocatoria directa es una de las formas como un acto administrativo puede desaparecer de la vida jurídica[3]. Respecto de esta figura, la jurisprudencia ha dicho:
>
> "(...)
>
> *En nuestro ordenamiento esta figura no tiene una naturaleza jurídica definida. No obstante, del examen de la normativa positiva que la regula (artículos 69 a 74 del Código Contencioso Administrativa) se puede concluir que tiene dos modalidades: de un lado, como mecanismo de utilización directa por parte del sujeto pasivo del acto frente a la autoridad que lo produjo o ante su inmediato superior y, de otro, como medida unilateral de la Administración para dejar sin efecto decisiones adoptadas por ella misma.*
>
> *(...)*
>
> *En el segundo caso, es un mecanismo ya no alternativo sino adicional al de la vía gubernativa, del que puede hacer uso la Administración de manera oficiosa, bajo ciertas circunstancias y limitaciones, para revisar y corregir la manifiesta antijuridicidad, inconveniencia, o el agravio injustificado que cause alguno de sus actos administrativos. Es, en efecto, un mecanismo unilateral de la administración otorgado por el legislador, con el fin de revisar sus propias actuaciones y, dentro del contexto de la actuación oficiosa, sacar del tránsito jurídico decisiones por ella misma adoptadas*"[4].
>
> *(...)*
>
> Mediante esta figura, la Administración, de oficio o a solicitud de parte, deja sin efecto los actos administrativos expedidos por ella misma, por las causales y conforme con el trámite consagrado en la ley.

---

[1] Consejo de Estado, Sección Cuarta, 25 de octubre de 2017. Radicación número: 73001-23-31-000-2008-00237-01 (20566). C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.
[2] Las citas 3, 4 y 5 corresponden a la sentencia traída a colación.
[3] Sentencia de 11 de junio de 2014, Exp. 19274. M.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.
[4] Sentencia del 3 de noviembre de 2011, radicado No. 2006-00225-00, Consejero ponente Dr. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

Por su parte, el Código Contencioso Administrativo, norma aplicable en este asunto[5], señala que los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, **de oficio o a solicitud de parte**, en cualquiera de los siguientes casos: (i) cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley; (ii) cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él o (iii) cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona (art. 69).

De acuerdo con el artículo 71 ibídem, la revocatoria directa puede cumplirse en cualquier tiempo, inclusive en relación con actos administrativos en firme, o cuando se haya acudido a los tribunales contenciosos administrativos, siempre y cuando en este último caso no se haya dictado auto admisorio de la demanda.

El artículo 73 ib, prevé que la Administración no puede revocar los actos de contenido particular que hayan **creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría**, sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

La exigencia legal contenida en el anterior inciso, se predica de los actos que puedan reputarse como creadores de derechos o de una situación jurídica particular y concreta, es decir, que ofrezcan confianza a su beneficiario de la titularidad de una posición jurídica favorable determinada.

En otras palabras, el acto creador del derecho es aquel en virtud del cual el destinatario resulta favorecido, se reconoce para el administrado una situación jurídica subjetiva de ventaja, una prerrogativa, genera un impacto positivo o favorable respecto de la titularidad de un derecho.

Por esto, es el reconocimiento de un derecho o de una situación jurídica particular y específica favorable, lo que hace que el acto sea revocable o irrevocable, pues la Administración no puede desconocer los derechos subjetivos que un acto haya reconocido.

De manera que el requisito del consentimiento expreso y escrito del titular depende que el acto administrativo sea creador de derechos o de una situación jurídica individual.

Lo anterior implica que si el acto no crea un derechos subjetivo o interés legítimo favorable y directo para un particular, podrá ser revocado, en todo o en parte, sin que esté sujeto, para efectos de modificación de sus condiciones y contenido, a lo dispuesto en el artículo 73 del C.C.A." (Subrayado fuera de texto)

Conforme con lo anterior, el Despacho considera que la revocatoria del acto de abandono de cargo surtió plenos efectos jurídicos en la medida en que la obtención del consentimiento previo y escrito del demandante no era indispensable para que la administración invalidara una decisión administrativa que no otorgaba una prerrogativa o un beneficio al actor.

Al haber desaparecido de la vida jurídica del citado acto administrativo, el Despacho considera que la demanda fue cabalmente dirigida en contra de la Resolución N° 594 del 12 de noviembre de 2014, y del Oficio N°. OAJ012 del 23

[5] El acto de revocatoria directa fue proferido el 7 de junio de 2008, esto es, en vigencia del CCA.

de enero de 2015, en el que resolvió recurso de reposición en contra de la resolución antes mencionada. La excepción propuesta no prospera.

4.2. De la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria según la Ley 797 de 2003.

4.2.1. De acuerdo con las razones de hecho y derecho expuestas en la Resolución No. 594 de 12 de noviembre de 2014, la Contraloría General de Boyacá retiró del servicio al demandante en ejercicio de la facultad prevista en el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que a la letra establece:

> "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 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.
>
> (...)".

Esta disposición fue reglamentada por el Decreto 2245 de 2012[6], que contempla el trámite que deben seguir los empleadores y las administradoras de pensiones para efectos de garantizar que entre el retiro del servicio y la inclusión en nómina del servidor pensionado no exista solución de continuidad:

> "Artículo 3. Trámite en el Caso de Retiro con Justa Causa. En caso que el empleador haga uso de la facultad de terminar el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, para garantizar que no exista solución de continuidad entre la fecha de retiro y la fecha de la inclusión en la nómina de pensionados, el empleador y la administradora o entidad reconocedora deberán seguir el siguiente procedimiento:
>
> a) El empleador deberá informar por escrito a la administradora o a la entidad que efectuó el reconocimiento de la pensión, con una antelación no menor a tres (3) meses, la fecha a partir de la cual se efectuará la desvinculación laboral, allegando copia del acto administrativo de retiro del servicio o tratándose de los trabajadores del sector privado, comunicación suscrita por el empleador en la que se indique tal circunstancia. La fecha en todo caso será la del primer día del mes siguiente al tercero de antelación.

[6] "por el cual se reglamenta el inciso primero del parágrafo 3° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003".

> b) La administradora o la entidad que efectuó el reconocimiento de la pensión, dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de recibo de la comunicación de que trata el literal anterior, deberá informar por escrito al empleador y al beneficiario de la pensión la fecha exacta de la inclusión en nómina general de pensionados, la cual deberá observar lo dispuesto en el literal anterior. El retiro quedará condicionado a la inclusión del trabajador en la nómina de pensionados. En todo caso, tratándose de los servidores públicos, salvo el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y las excepciones legales, no se podrá percibir simultáneamente salario y pensión.

En armonía con lo anterior, la Ley 909 de 2004 en su artículo 41 literal e) dispone como causal de retiro del servicio de empleados tanto de libre nombramiento y remoción como de carrera administrativa, la siguiente:

> "ARTÍCULO 41. 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:
>
> (...)
>
> e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;
>
> (...)"

Disposición aplicable al personal de las Contralorías Territoriales por mandato del parágrafo 2° del artículo 3° *ibídem*, hasta tanto el Congreso de la República no expida el régimen especial de carrera de estos entes de control.

4.2.2. En el año 2003, la Corte Constitucional conoció de una demanda formulada en contra del parágrafo tercero del artículo 9º de la ley 797 de 2003. En el escrito ciudadano se sostenía que la citada disposición quebrantaba 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"*, al permitir que puedan ser retirados del servicio al cumplir con los requisitos para tener derecho a la pensión, y facultar al empleador tanto para terminar la relación laboral cuando sea reconocida o notificada la pensión y como para solicitar el reconocimiento de la misma a nombre del empleado.

La Corte concluyó que las alegaciones de la demanda no encontraban respaldo en la Constitución, con fundamento en los siguientes argumentos:

> *"(...) 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 parágrafo 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.***
>
> *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[7]*.*
(...)"

El alto tribunal declaró la constitucionalidad condicionada bajo el entendido de que el patrono o la administración solo pueden retirar al trabajador o servidor público solo cuando se le garantice el pago de su mesada pensional, con la inclusión en la nómina de pensionados:

"(...)
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****." (Resaltado y subrayado fuera de texto)."*[8]

De esta manera la Corte, declaró exequible el parágrafo tercero del artículo 9º de la ley 797 de 2003, con el único condicionamiento de garantizar la continuidad en el pago de la prestación social al trabajador.

4.2.3. La interpretación de esta disposición en la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha generado los siguientes pronunciamientos que resultan relevantes para resolver el caso concreto.

En el año 2003, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo 1911 *"Por el cual se reglamenta la aplicación del artículo 9º, parágrafo 3º, de la Ley 797 de 2003"* en la Rama Judicial. Contra dicho acto administrativo fue formulada una acción de simple nulidad ante la Sección Segunda del Consejo de Estado. En la demanda se argüía que la reglamentación vulneraba los derechos al buen nombre, el trabajo y al debido proceso, al igual que desconocía el artículo 256 Constitucional, el parágrafo del artículo 150 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 149 de la Ley 270 de 1996.

Al desatar el cargo relativo a la violación al derecho al trabajo, el alto tribunal sentenció:

"El artículo 25 de la Constitución, como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional, no consagra el derecho a un empleo sino el derecho de acceder en igualdad de condiciones a uno de ellos, como una de las manifestaciones de ejercicio del derecho al trabajo. También se ha precisado

[7] Sentencia C-1037 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería.
[8] Ibídem.

que, en cualquier caso, el derecho al trabajo debe ser ejercido en condiciones dignas y justas.

Así las cosas, la norma constitucional aludida no consagra el derecho a que los empleados gocen de manera permanente de un puesto de trabajo. El artículo 125, inciso 2, de la Constitución, en armonía con el cual debe interpretarse el 25 del mismo cuerpo normativo, indica que el retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. Esto es, el derecho al trabajo consagrado en los artículos 25 y 53 de la Constitución debe tomar en consideración que el mismo, en su modalidad de empleo, debe sujetarse a otras previsiones constitucionales, como el 125, inciso 2, que prevé el retiro del servicio por unas determinadas causales que enuncia la Carta Política en la norma referida y en otras de sus normas, así como en la ley. Pues bien, el acuerdo en mención pertenece a una de esas causales previstas en la ley pues brinda desarrollo a la establecida en la Ley 797 de 2003, artículo 9, parágrafo 3. En tales condiciones debe concluirse que un entendimiento sistemático de los alcances del artículo 25 de la Constitución, en consonancia con el 125, inciso 2, del mismo texto, permite concluir que el retiro del empleo no implica violación de normas constitucionales sino que, por el contrario, representa un desarrollo de sus propios cánones.

La circunstancia de que los destinatarios de la norma se encuentren en carrera judicial y aún no hayan cumplido la edad de retiro forzoso no puede considerarse como argumento válido para estimar infringido el artículo 25 de la Carta, toda vez que el derecho al trabajo puede ser razonablemente limitado siempre que ello no constituya una restricción desproporcionada a los intereses de la persona afectada.

El acto acusado prevé que el retiro se producirá al cabo del reconocimiento de la respectiva pensión de jubilación y, como debe atenderse lo dispuesto por la Corte Constitucional en el sentido de que el retiro se hará efectivo una vez haya sido incluido el pensionado en la respectiva nómina de pago, la restricción impuesta por el acuerdo atacado resulta proporcionada y justificada por razones de interés general, si se tiene en cuenta que busca conciliar los intereses jurídicos relevantes en el acto objeto de ataque, el de la administración de justicia por lograr un adecuado servicio y el de los funcionarios y empleados próximos al reconocimiento y pago de su pensión de jubilación para que se les garantice en forma debida su derecho.

Corresponde a la libertad de configuración del legislador fijar las causales de retiro del servicio respecto de las cuales la Carta no le establece ninguna cortapisa, antes bien, lo faculta para regularlas, como que el artículo 125, determina que, además de las allí contempladas, el retiro se produce por "las demás causales previstas en la Constitución o la ley.". Existe, pues, un claro mandato constitucional dirigido al legislador para el establecimiento de nuevas causales de retiro del servicio.

El Consejo Superior, por su parte, reglamentó la causal en lo atinente a la situación de determinados funcionarios y empleados de la Rama Judicial, indicando el procedimiento a seguir en caso de que se presente la hipótesis a la que se refiere la Ley 797 de 2003, artículo 9, parágrafo 3.

En consecuencia, la limitación a la autonomía de la voluntad que se impone en el acuerdo acusado constituye un desarrollo directo de lo prescrito por la

norma legal que erige como nueva causal de retiro del servicio, la voluntad de la administración cuando se cumplan los requisitos para la pensión de jubilación, mandato que se ajusta a una concepción razonable sobre el alcance que debe conferirse a las limitaciones de la autonomía de la voluntad, tratándose de causales de retiro del servicio"[9].

Frente a la violación del parágrafo del artículo 150 de la Ley 100 de 1993, el Consejo de Estado determinó que la misma era inexistente por lo siguiente:

"Según la actora el acuerdo impugnado viola el parágrafo transcrito porque el mismo dispone que no podrá obligarse a ningún funcionario o empleado 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 del retiro forzoso, en tanto el acto acusado pretender obligar a que el servidor público se retire del servicio.

La Sala desestima este cargo por razones similares a las expresadas en precedencia. Si bien el parágrafo del artículo 150 de la Ley 100 de 1993 consagra que no podrá obligarse a ningún funcionario o empleado 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, ello no impide al legislador reformar tal disposición radicando en cabeza de la administración la facultad de retirar en forma unilateral al empleado o funcionario que haya cumplido los requisitos de jubilación, tenga reconocida la pensión correspondiente y haya sido incluido en nómina para el pago de las mesadas correspondientes."

En suma, las razones para denegar la nulidad del acto acusado obedecieron a que el derecho al trabajo no es una prerrogativa de carácter absoluto y bajo ese entendido bien puede el legislador en ejercicio de la cláusula general de competencia, establecer causales de retiro de trabajadores y servidores del Estado que resulten proporcionadas y justificadas en el interés general.

Esta posición fue expresamente recogida en la sentencia de 4 de agosto de 2010, proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado[10] en la que se resolvió el caso de un ex servidor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales que al encontrarse en régimen de transición de la Ley 100 de 1993, le fue reconocido el derecho pensional con fundamento en la Ley 33 de 1985 pero difirió el goce de la prestación periódica y continuó laborando hasta que fue retirado de la entidad con fundamento en la facultad prevista en el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003. En la demanda, el ex trabajador reivindicaba el derecho a permanecer en servicio activo hasta que cumpliera los 65 años o edad de retiro forzoso.

En la aludida sentencia, el Consejo de Estado determinó que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debía entenderse como un verdadero derecho subjetivo, que está conformado por tres elementos fundamentales, como son: *tiempo de cotización, edad y quantum o valor de la pensión*. Al referirse al *quantum* o *monto* de la pensión como elemento integrante del derecho-régimen de transición, el alto tribunal indicó:

---

[9] CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de 27 de octubre de 2005. Radicación: 11001-03-25-000-2003-00393-01. C.P. Jesús María Lemos Bustamante.
[10] Radicación: 25000-23-25-000-2004-06145-01. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

"En lo concerniente al monto de la pensión, los elementos que describen la integración del régimen de transición son quizá más amplios que los atrás analizados pues dada la cantidad de sistemas excepcionales de pensión de jubilación, las situaciones jurídicas consolidadas dentro del tránsito legislativo resultan de difícil sistematización, aun así, habrá que precisar que hacen parte del régimen de transición la totalidad de elementos con capacidad de determinar o influir el valor de la pensión y que dentro del ámbito del régimen de transición hayan tenido vocación jurídica para estructurar y consolidar en cada caso una determinada situación. ***En efecto, integran el régimen de transición el derecho a permanecer en el empleo hasta la edad de retiro forzoso -asunto precisamente debatido en esta causa-, porque esta prerrogativa es particularmente incidente en la fijación del valor del monto pensional, o en algunos casos, el derecho a obtener la liquidación del valor de la pensión a partir de la totalidad de los ingresos percibidos de forma mensual sin descontar aquellos en los que estrictamente se hicieron aportes conforme al régimen anterior, de manera que la integración de este elemento en los regímenes de transición se completa con todos aquellos que de manera directa tienen capacidad para determinar el valor de la liquidación o reliquidación pensional, por lo que el fallador debe abarcar su análisis para identificar en cada caso el derecho a la transición más allá del mero contenido descriptivo de la norma al fijar los condicionantes para el cálculo del quantum pensional****.*

En esta perspectiva, la aplicación de la Ley 797 de 2003 en su artículo 9° parágrafo 3°, ***en cuanto estipula como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal y reglamentaria el cumplimiento de los requisitos establecidos para tener derecho a la pensión, se supedita al respeto del derecho de transición en el componente que examinamos, pues si el empleado consolidó sus derechos atendiendo la posibilidad de diferir el goce de su pensión y acceder a la reliquidación del monto de pensión prevista en el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, es indiscutible que por efecto del derecho a la transición: i) podrá quedarse en el empleo para reajustar su derecho pensional 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." (Subrayado fuera de texto)

De lo anterior decisión, el Despacho infiere que el derecho a permanecer hasta la edad de retiro forzoso como un elemento del derecho-régimen de transición, dado que incide en la fijación del valor del monto pensional, o en algunos casos, el derecho a obtener la liquidación del valor de la pensión a partir de la totalidad de los ingresos percibidos de forma mensual.

En la sentencia proferida por el mismo tribunal el 30 de agosto de 2012[11] reafirmó el anterior entendimiento pero precisó, sin ambages, que la causal de retiro por pensión dispuesta en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, **no es aplicable a los empleados públicos beneficiarios del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, ni a los pensionados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003:**

"Bajo las anteriores precisiones en cuanto al régimen de transición y el retiro del servicio por pensión de jubilación, procede la Sala a definir la situación particular del demandante, rectificando en lo pertinente la posición jurisprudencial adoptada por la Sección Segunda en providencia del 27 de octubre de 2005, Expediente No. 4773-03.
[...]
Ahora, debe precisarse además, que la misma Ley 797 de 2003 en su artículo 1°, dispuso que las normas allí contenidas se aplicarían a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando todos los derechos, garantías, prerrogativas servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo, para quienes a la fecha de su entrada en vigencia -29 de enero de 2003-, hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores públicos, oficial, semioficial en todos los 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

[11] CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA – SUBSECCIÓN "B", sentencia de 30 de agosto de 2012. Radicación: 25000-23-25-000-2005-05713-02. C.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez.

pago oportuno, al reajuste periódico de la pensión y a la reliquidación misma del derecho. [...]."

Conforme a la anterior jurisprudencia y la normatividad aplicable se concluye que la causal de retiro por pensión dispuesta en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, no es aplicable a los empleados públicos **beneficiarios del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 ni a los pensionados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley, 29 de enero de 2003.**"

Contextualizada la cita en precedencia, si una persona es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 pero consolida el derecho pensional en vigencia de la Ley 797 de 2003, la administración no podrá hacer uso de la facultad prevista en el parágrafo 3° del artículo 9° de esta última norma.

4.2.4. Esta interpretación, sin embargo, ha sido modificada en decisiones ulteriores emanadas de la misma Corporación. Por ejemplo, en sentencia de 4 de julio de 2019[12], la Subsección "B" de la Sección Segunda conoció el caso de una funcionaria de la Universidad del Cauca quien se encontraba inscrita en carrera administrativa y que fue retirada en ejercicio de la facultad materia de análisis. La demandante en ese proceso era beneficiaria del régimen de transición pero consolidó el derecho pensional en vigencia de la Ley 797 de 2003. En primera instancia, el Tribunal concluyó que solo los empleados beneficiarios del régimen de transición que hasta antes de la fecha de entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 (12 de enero de 2003) hubieren cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, tenían derecho a diferir su retiro hasta la edad de retiro forzoso, conforme al artículo 150 de la Ley 100 de 1993, no así quienes siendo beneficiarios de dicho régimen consolidan la pensión después de esta fecha.

Al desatar el recurso de alzada, luego de hacer alusión al artículo 125 de la Constitución al igual que del artículo 150 de la Ley 100 de 1993, y de la citada causal de retiro prevista en la Ley 797 de 2003, el Consejo de Estado reflexionó sobre este tema en los siguientes términos:

"De lo anterior se pudo concluir que respecto de la causal de retiro prevista en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, aplicable a quienes no han llegado a la edad de retiro forzoso pero les ha sido reconocida la pensión de jubilación con fundamento en el régimen de transición, conservan su derecho a permanecer en el cargo y no podrán ser obligados a desvincularse.

Para tales efectos, la Sección Segunda de esta Corporación, rectificó la tesis adoptada en la sentencia del 27 de octubre de 2005[13], que establecía que todos los servidores públicos podían ser desvinculados del servicio oficial una vez tuvieran reconocida su pensión de jubilación y se encontraran dentro de la nómina de pensionados, sin consideración adicional alguna.

Con posterioridad mediante la sentencia del 24 de octubre de 2012, dictada dentro del expediente con radicación interna No. 2504 – 2011 con ponencia del doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, al resolver una controversia similar a la que ocupa la atención de la Sala, reiteró el derecho de las

[12] Radicación: 19001-23-31-000-2011-00052-01(1078-17) C.P. César Palomino Cortés.
[13] Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 27 de octubre de 2005. Expediente 4773-03. Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante.

personas beneficiadas por el régimen de transición a permanecer en el cargo hasta la edad de retiro forzoso, siempre y cuando a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, esto es, el ***29 de enero de 2003****, hayan consolidado su derecho pensional, por haber reunido los requisitos de tiempo y edad exigidos. En la providencia en mención, se estableció que es válida la justa causa de retiro del servicio cuando no se presenta solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional; y reiteró que el empleado que se encuentre en régimen de transición, puede diferir el ejercicio de su función hasta la edad de retiro forzoso, con la posibilidad de obtener la reliquidación del ingreso base para calcular la pensión, sin que se le pueda obligar a retirarse del cargo por el solo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, conforme a lo dispuesto en el artículo 150 de la Ley 100 de 1993.*

Así mismo, dejó estipulado que el artículo 1 de la Ley 797 de 2003 que las normas allí contenidas "se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, *conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos,* garantías, *prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo* **para quienes a la fecha de vigencia de esta ley** *hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes* de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general." De suerte tal, *que si el derecho pensional estaba consolidado antes de la entrada en vigencia de la mencionada ley, no se le podía aplicar las previsiones del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, y por ende, no había justa causa aplicable para su retiro.*

Esta Corporación en sentencia del 6 de septiembre de 2012, dictada dentro del expediente con número interno 2389 – 2011, con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, al decidir un asunto de similar contexto fáctico, consideró:

"(...) 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".

De modo tal que atendiendo la jurisprudencia mencionada, el retiro del servicio por el cumplimiento de los requisitos para tener derecho a la pensión, consagrado en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, no rige para los empleados públicos que hayan consolidado el estatus pensional con anterioridad a la entrada en vigencia, es decir, al 29 de enero de 2003. Por el contrario, quienes consolidaron su derecho pensional en vigencia de esta norma les es aplicable la mencionada causal de retiro".

Según la decisión antes citada, el retiro de un funcionario que se encuentre en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero que consolide el derecho pensional en vigencia de la Ley 797 de 2003, puede ser retirado de su cargo en ejercicio de la causal de retiro establecida en el parágrafo 3° del artículo 9° de esta última.

4.2.5. Conforme a la revisión de estas decisiones, el Despacho advierte una lectura diferente a la aludida causal de retiro y su aplicación a las personas que, perteneciendo al régimen de transición, adquieren el derecho a la pensión en vigencia de la norma que establece la causal de retiro del servicio. El juzgado advierte que en esta última decisión se hace mención a algunas de las sentencias que también han sido reseñadas en este pronunciamiento y sin embargo se arriba a una conclusión diferente, lo que por supuesto genera inquietudes tanto en los ciudadanos como en los funcionarios judiciales encargados de juzgar la conducta de la administración.

Con el fin de armonizar los contenidos constitucionales del principio de autonomía judicial con el principio de igualdad, el Despacho procede a dar las razones por las cuales acoge la primera interpretación reseñada, esto es, la que sostiene que la causal de retiro por pensión dispuesta en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, no es aplicable a los empleados públicos beneficiarios del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, sin importar si consolidan o no el derecho a la pensión antes o después de la citada Ley 797 de 2003.

El primer argumento lo otorga el artículo 10 del C.P.A.C.A.[14] que prescribe que las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado, constituyen precedente obligatorio para las autoridades, incluidas las Corporaciones de las cuales emanan. Recuérdese que el desconocimiento de esos pronunciamientos es susceptible tanto de la acción de tutela como de configuración de causal del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia previsto en el artículo 256 ibídem, como lo señaló el Tribunal Administrativo de Boyacá[15] al aplicar la sentencia de unificación que trata sobre la prima de servicio.

Conforme con estas disposiciones, para el Despacho es claro que en las sentencias proferidas en los años 2010 y 2012, sin lugar a dubitación de ninguna índole, el Consejo de Estado sentenció que la *"causal de retiro por pensión dispuesta en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003,* ***no es aplicable a los empleados públicos beneficiarios del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 ni a los pensionados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley, 29 de enero de 2003****."* Fíjese como de esta cita se puede extraer dos clases de servidores a quienes no se les aplica la causal: (i) los que están en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pero que no han consolidado el derecho y (ii) quienes obtuvieron el derecho a la pensión antes de la Ley 797 de 2003. Por lo tanto, para el Despacho es claro que las personas que se encuentran en el primer grupo tienen derecho a permanecer en servicio hasta la edad de retiro forzoso por expreso mandato de la aludida sentencia de unificación.

El segundo argumento para acoger la primera interpretación se encuentra fincado en el principio de inescindibilidad. Este argumento - íntimamente ligado con el anterior- impone a todo intérprete aplicar en su integridad las leyes lo que proscribe dentro de una sana hermenéutica el desmembramiento de las normas legales que regulan la misma situación de hecho para dar origen a un nuevo mandato no previsto por el legislador.

---

[14] Artículos 10: (...) Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas

[15] Sala de Decisión No. 4; M.P. Dr. Javier Humberto Pereira Jáuregui; medio de control Nulidad y restablecimiento del Derecho Radicado No.150013333014-2013-00069-01.

Aterrizando el anterior principio al caso concreto, el Despacho resalta que la causal establecida en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, no puede entenderse de manera aislada sino que su consagración responde a un mismo contexto en el que se encuentra inserta. Nótese como en el mismo artículo el legislador no solo consagró la citada causal de retiro, sino que además en la misma norma modificó los requisitos de edad y cotización para acceder a la pensión, incrementando los primeros a partir del 1° de enero de 2014 y los segundos a partir del 1° de enero de 2005, entre otros aspectos[16]. Bajo esa perspectiva, resulta exótico que una misma norma sea aplicable y al mismo tiempo inaplicable a una persona beneficiaria del régimen de transición. Por un lado, no se le pueden exigir los requisitos de edad y semanas de cotización pero por otro y con apoyo en la misma norma, puede ser retirada del servicio por el solo hecho de alcanzar el estatus pensional.

---

[16] Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones|| 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.|| A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.|| 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.|| A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o.de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.|| PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta|| a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;|| b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;|| c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.|| d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.|| e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.|| En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional.|| Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte.|| PARÁGRAFO 2o. Para los efectos de las disposiciones contenidas en la presente ley, se entiende por semana cotizada el periodo de siete (7) días calendario. La facturación y el cobro de los aportes se harán sobre el número de días cotizados en cada período.|| PARÁGRAFO 3o. <Parágrafo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> 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 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.|| PARÁGRAFO 4o. Se exceptúan de los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del presente artículo, las personas que padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993.|| <Apartes subrayados, en letra itálica, y subrayados y en letra itálica CONDICIONALMENTE exequibles. Aparte tachado INEXEQUIBLE> La madre trabajadora cuyo hijo menor de 18 años padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo.

Ese fue el entendimiento que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado[17] dio a la pluricitada norma cuando se refirió a su aplicabilidad en la Rama Judicial:

> *"(...)*
>
> *1° El régimen de transición es un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo*
>
> *2° Los funcionarios de la rama judicial fueron incorporados al Sistema General de Pensiones por el decreto 691 de 1994.*
>
> ***3° El parágrafo 3° del artículo 9° de la ley 797 según su misma expresión, solamente se dirige a quienes se pensionen por vejez de acuerdo a los requisitos señalados en el mismo artículo , pero al mismo tiempo ordena que se aplique a todos quienes estén afiliados al sistema general de pensiones.***
>
> ***De tal manera que no es justa causa para dar por terminada la relación legal y reglamentaria de un servidor de la rama judicial, que se beneficie del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por haber cumplido los requisitos para acceder a una pensión consagrada en régimen anterior distinto al delineado para la pensión de vejez en el artículo 9 de la ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la ley 100 de 1993.***
>
> *Tampoco podrá la administración ejecutiva de la rama judicial tramitar la pensión del servidor que se haya negado a hacerlo después de los 30 días de haber cumplido con los requisitos establecidos en su régimen anterior distinto al consagrado en el artículo 9 de la ley 797 de 2003, en virtud del beneficio establecido por el régimen de transición.* (Subrayado fuera de texto)
>
> *(...)".*

Por último, en aplicación del principio *in dubio pro operario* o favorabilidad en sentido amplio, impone al Despacho que ante las dos lecturas emanadas de la causal de retiro prevista en el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, se escoja escoger aquella que brinde mayor amparo o sea más favorable al trabajador. Principio que se fundamenta tanto en la normatividad nacional como en la internacional, a saber, en lo dispuesto en los artículos 1° y 2° de la Constitución Política, en el Preámbulo y artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros.

El Tribunal Administrativo de Boyacá[18] en un caso de similares contornos al aquí debatido, en relación al retiro del servicio por la causal establecida en la Ley 797 de

---

[17] Radicación: 11001 - 03 - 06 - 000 - 2006 - 00014 – 00 (1715) Conjuez Ponente: Marcel Silva Romero.
[18] Tribunal Administrativo de Boyacá, providencia del 28 de noviembre de 2018. Expediente: 15001-33-33-005-2015-00168-01. M.P. LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA.

2003 y al acudir al principio de favorabilidad, indicó que no es procedente la aplicación a los beneficiarios del régimen de transición:

> *"En este punto ha de tenerse en cuenta que si bien es cierto la ley 33 de 1985 estableció como edad de retiro forzoso los 60 años de edad, también lo es que por aplicación del principio de favorabilidad contenido en el artículo 53 constitucional es aplicable en este aspecto el artículo 29 del Decreto ley 2400 de 1968 modificado por el Decreto 3074 de 1968 que establece la edad de retiro forzoso a los 65 años de edad y aunado a ello es aplicable el artículo 150 de la ley 100 de 1993.(...)*
>
> *En consecuencia, en lo sucesivo se tendrá en cuenta que para los empleados pensionados con la ley 33 de 1985 se entenderá por principio de favorabilidad que la edad de retiro forzoso es a los 65 años de edad.*
> *(...)*
> ***Conforme a la postura del Consejo de Estado, no se desconoce que la justa causa para retirar del servicio a un empleado público al que se le haya reconocido su pensión de jubilación y al que se le haya incluido en nómina de conformidad con la ley 797 de 2003 se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico, pero no es aplicable a los empleados públicos que se encuentren cobijados por el régimen de transición y es bajo esta postura la que se estudiará el presente caso.*** *(Resaltado y subrayado fuera de texto).*

Bajo los anteriores parámetros se resolverá el caso concreto de acuerdo con la jurisprudencia y que resulta de obligatorio acatamiento.

5. Caso concreto

5.1. En cuanto a las excepciones planteadas por el Departamento de Boyacá, respecto de la falta de legitimación por pasiva:

En el nivel territorial los Contralores Departamentales ostentan las mismas funciones del Contralor General de la República, según señala el artículo 267 de la Constitución Política, así:

> *"ARTICULO 272. La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.*
> *(...)*
> *Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.*
> *(...)*
> *Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal..."*

En virtud de la norma en cita, las Contralorías Departamentales no son personas jurídicas sino entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa, presupuestal y contractual.

El Consejo de Estado, ha señalado que las Contralorías pueden demandar y ser demandadas ***en asuntos contractuales y en los que expresamente determine la Ley***, pero de lo contrario, debe concurrir por medio de la persona jurídica a la

que pertenezca, como es el caso de los procesos contencioso administrativos, en que debe comparecer a través del Departamento para este caso en particular[19].

Este mismo Alto Tribunal Contencioso Administrativo[20] en providencia del 7 de julio de 2017, en relación a la representación de las Contralorías Departamentales indicó:

> *"No obstante, después de un estudio juicioso de la normativa, la Sección Segunda del Consejo de Estado rectificó esa posición[21] y sostuvo que aunque las contralorías departamentales y municipales gozan de autonomía presupuestal, administrativa y contractual,* ***esto por sí solo, no les confiere la personalidad jurídica, la que debe estar determinada expresa y claramente en el ordenamiento jurídico. Así que las contralorías locales son dependencias administrativas del ente territorial (departamento, municipio o distrito) y es este el que goza de personalidad jurídica, por lo que debe concurrir como parte en los procesos contenciosos administrativos junto con el ente de control****." (Subrayado y resaltado fuera de texto)*

En ese sentido, en el presente caso, fue el Contralor General de Boyacá quien profirió la Resolución No. 594 de 12 de noviembre de 2014, luego efectivamente es este ente quien está llamado a responder en este caso, independientemente de que se hubiese demandado al Departamento, entidad esta que sí goza de personería jurídica.

Por lo tanto, no es aceptable el argumento del Departamento de Boyacá según el cual, en este caso, se presenta falta de legitimación por pasiva frente a ella, porque considera que la demanda debía dirigirse únicamente contra la Contraloría General de Boyacá por la autonomía e independencia de que goza la entidad.

En el sub – lite se demandó al Departamento de Boyacá – Contraloría General de Boyacá, siendo demandado el Departamento de Boyacá y se admitió la demanda en contra de las mismas, concluyendo que está bien determinada la parte pasiva de esta controversia, razón por la cual no prospera la excepción propuesta de falta de legitimidad por parte del Departamento de Boyacá.

5.2. El demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

---

[19] SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, dieciséis (16) de marzo de 2006, Radicación número: 73001-23-31-000-2001-02768-01(0788-05). Consejero ponente: ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO.

[20] SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION CUARTA. Radicación número: 05001-23-31-00-2002-03685-01. Consejero ponente: MILTON CHAVES GARCIA.

[21] Ver entre otras providencias de la Sección Segunda las siguientes: (i) Sentencia de 22 de septiembre de 2005, Exp. 2001-09397-01 (0843-05), Demandante: Rafael Ramírez Malaver, M.P Ana Margarita Olaya Forero; (ii) Sentencia de 19 de enero de 2006, Exp. 2002-00548-01 [5464-03], Demandante: Álvaro Vera Ricaurte, M.P. Tarsicio Cáceres Toro; (iii) Sentencia de 24 de julio de 2008, Exp: 2003 01316 01 (1626-2006), M. P. Gerardo Arenas Monsalve.; (iv) Sentencia de 13 de octubre de 2011, Exp. 2004-00866-01(1744-08), Actor: José Iván Ortega Gómez, M.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez; (v) Sentencia de 12 de octubre de 2016, Exp. 2012-00174-01 (3787-14), Demandante: Alberto de Jesús Vargas Álvarez, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez; (vi) auto de 7 de marzo de 2002, Exp. 1494-01, Actor: Eulín Gómez Páez , M.P. TARSICIO CACERES TORO; (vii) auto de 3 de febrero de 2015, Exp: 2014-00294-01(4983-14), Actor: Luz Marina Basto Villamarín, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; (viii) auto de 21 de abril de 2016, Exp: -2013-00632-01(2436-14), Actor: Enrique de Jesús Arzuza Molinares, M.P. William Hernández Gómez.

Según certificación suscrita por el Director Administrativo de la Contraloría General de Boyacá, vista a folios 267-268, el demandante prestó sus servicios a la Contraloría General de Boyacá en los siguientes periodos:

- Certificador VI-3, del 11 de diciembre de 1981 al 07 de enero de 1982
- Revisor de documentos VI-4, del 08 de enero de 1982 al 12 de noviembre de 1984,
- Auditor delegado V-12, del 13 de noviembre de 1984 al 11 de abril de 1985,
- Revisor de documentos VI-2 del 31 de enero de 1986 al 31 de enero de 1989,
- Auditor VI-11 del 30 de diciembre de 1993 al 10 de marzo de 1996,
- Profesional universitario IV-2 del 11 de marzo al 31 de julio de 1996,
- Licencia no remunerada del 01 de agosto al 30 de septiembre de 1996,
- Profesional universitario IV-02 del 01 de octubre de 1996 al 24 de noviembre de 1998,
- Profesional universitario 340-03 del 25 de noviembre de 1998 al 31 de diciembre de 2001,
- Profesional universitario 340-03 del 01 de enero de 2002 al 26 de abril de 2004,
- Profesional universitario 340-03 de 27 de abril 2004 al 31 de diciembre de 2007,
- Profesional universitario 219-11 del 01 enero de 2008 al 02 de marzo de 2011,
- Director operativo código 009 grado 08 en la Dirección Operativa de Jurisdicción Coactiva (en comisión) del 03 marzo al 02 de abril de 2011,
- Profesional universitario 219-11 del 03 de abril de 2011 al 04 de marzo de 2015.

De lo anterior se desprende que el señor JAIRO EDUARDO MARTÍNEZ SALAMANCA, el último cargo que desempeño en la Contraloría General de Boyacá fue como Profesional Universitario código 219 grado 11 del 03 de abril de 2011 al 04 de marzo de 2015, hecho que deviene que se le aplique la normatividad general en relación a las prestaciones de los servidores públicos.

La Ley 100 de 1993, en el artículo 36 estableció que lo allí dispuesto se aplica sobre la base del cumplimiento de ciertas condiciones relativas a la edad y tiempo de servicio para efectos de acceder al derecho a la pensión con base en el régimen anterior. De las pruebas allegadas se evidenció que el actor contaba con **37 años** de edad (nació el 9 de noviembre de 1957 fl. 53), es decir no cumplía con la edad que para los hombres a la entrada en vigencia es de 40 años.

Sin embargo, según las Resoluciones GNR 333707 del 24 de septiembre de 2014 y GNR25162 del 04 febrero de 2015 (fls. 34-44), como de los certificados expedidos por el Ejército Nacional (fl. 53 del expediente) por el Coordinador de Área de Personal de la Industria Licorera de Boyacá (fl. 54 del expediente) y expedido por la Contraloría General de Boyacá (fl.55-58, 267 y 268 del expediente), de las actas de posesión y las certificaciones (fls. 6, 7, 79, 137,140, 151-152 del anexo 1 – cuaderno 1), el accionante al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993[22], había laborado 5465 días, es decir 780 semanas así:

[22] ***ARTÍCULO 151. VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES.*** *El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1o. de Abril de 1.994. No obstante, el Gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente Ley, a partir de la vigencia de la misma.*

ENTIDAD	DESDE	HASTA	DIAS
MINDEFENSA	09/02/1977	01/11/1978	625
INDUSTRIA LICORERA DE BOYACÁ	18/06/1979	03/02/1981	406
CONTRALORÍA GENERAL DE BOYACÁ	11/12/1981	26/04/1985	1216
CONTRALORÍA GENERAL DE BOYACÁ	01/02/1986	01/02/1989	1081
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA	29/06/1989	29/11/1993	1592
CONTRALORÍA GENERAL DE BOYACÁ	30/12/1993	**30-06/1995**	545

En razón a lo anterior considera esta instancia judicial que el demandante cumple con la segunda condición señalada en la Ley 100 de 1993, es decir haber cotizado más de 750 semanas al momento de entrar en vigencia dicha norma para el caso en particular (30 de junio de 1995). Por consiguiente, el Despacho considera que el señor Jairo Eduardo Martínez Salamanca era beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que según la jurisprudencia objeto de análisis implica la prerrogativa de permanecer en su empleo hasta la edad de retiro forzoso.

5.3. El Despacho considera que la decisión de retiro del servicio no obedeció a la voluntad del actor en dejar su empleo, sino precisamente al cumplimiento de las condiciones establecidas por la Contraloría en el acto acusado, como son: (i) el levantamiento del fuero sindical y (ii) el reconocimiento y la inclusión en nómina de pensionados.

El Despacho constata que en efecto, el demandante fue quien solicitó a COLPENSIONES su reconocimiento pensional y que voluntariamente presentó renuncia a los cargos que tenía en los sindicatos de ASCONTRABOY, ASCONTRACOL (Subdirectiva Boyacá) y ASCONTRACOL (Asociación Nacional de Empleados de las Contralorías de Colombia), que fueron aceptadas y que fueron puestas en conocimiento de la Contraloría General de Boyacá y del Juzgado 4º Laboral del Circuito de Tunja despacho judicial en el que se tramitaba proceso especial de fuero sindical (fls. 48-52). Por lo tanto, una vez aceptada la renuncia y comunicada esta decisión al empleador - Contraloría General de Boyacá de conformidad con el artículo 407[23] del Código Sustantivo de Trabajo,

---

PARÁGRAFO. *El Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1.995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental.*

[23] *"ARTICULO 407. MIEMBROS DE LA JUNTA DIRECTIVA AMPARADOS.*
(...)
2.La designación de toda junta directiva o cualquier cambio que ocurra en su composición debe notificarse al {empleador} en la forma prevista en los artículos 363 y 371. En caso de cambio, el antiguo miembro continúa gozando del fuero durante los tres (3) meses subsiguientes, a menos que la sustitución se produzca por renuncia voluntaria del cargo sindical antes de vencerse la mitad del periodo estatutario o por sanción disciplinaria impuesta por el sindicato, en cuyos casos el fuero cesa ipso facto para el sustituido.

cesó ipso facto el fuero sindical, es decir que a partir de dicha fecha el actor ya no gozaba la condición de aforado, tal como lo indicó el Juzgado 4º Laboral del Circuito de Tunja en la sentencia proferida dentro del proceso especial radicado con el número: 2015-0021 (fl.284).

Sin embargo, de estos elementos de convicción no se puede concluir que el señor JAIRO EDUARDO MARTÍNEZ SALAMANCA de forma clara e inequívoca expresó su deseo retirarse de la Contraloría, pues como tal no obra manifestación alguna en el expediente que así lo demuestre, sino al cumplimiento de las condiciones resolutorias establecidas en el primer acto demandado.

Por consiguiente, se declarará la nulidad de la Resolución No. 594 del 12 de noviembre de 2014, suscrita por el Contralor General de Boyacá, y del oficio No. O.AJ.012 del 23 de enero de 2015 suscrito por la asesora jurídica de la Contraloría General de Boyacá.

A título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Contraloría General de Boyacá a reintegrar al señor JAIRO EDUARDO MARTÍNEZ SALAMANCA al cargo que desempeñaba al 4 de marzo de 2015 – Profesional Universitario o a otro de igual o superior categoría y a pagarle los salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales que dejo de percibir desde su retiro y hasta que se produzca el reintegro efectivo. De dicho monto se descontarán las sumas que por concepto de pensión de vejez haya percibido el actor durante el lapso que permaneció cesante, en aplicación del artículo 128 Superior.

El reintegro se hará efectivo hasta la edad de retiro forzoso, esto es hasta la edad de 70 años, y/o hasta que decida retirarse voluntariamente o acaezca otra causal de retiro definitivo del servicio.

Se ordenará oficiar a COLPENSIONES para que sea retirado de la nómina de pensionados al señor JAIRO EDUARDO MARTÍNEZ SALAMANCA, identificado con C.C. No. 7.161.676 hasta tanto su pensión de vejez deba hacerse efectiva por el retiro definitivo del servicio.

6. COSTAS

De conformidad con lo establecido en providencia proferida por el Consejo de Estado[24]. El Despacho se abstendrá de condenar el costas y agencias en derecho, en la medida en que no se avizora conducta temeraria o malintencionada de parte de la parte vencida, sumado a que de conformidad con lo previsto en el numeral 8º del artículo 365 del Código General del Proceso, no aparece prueba en el expediente sobre la causación de gastos y costas en el curso del proceso.

IX. RESUELVE

En mérito de lo expuesto, el Juez Primero Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

(...)"
Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones".
24 Consejo de Estado, providencia de 20 de agosto de 2015, Medio de Control No 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Dra. Sandra Lisseth Ibarra Vélez.

X. FALLA

PRIMERO.- Declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por parte del Departamento de Boyacá.

SEGUNDO.- Declarar nulidad de la Resolución No. 594 del 12 de noviembre de 2014, proferida por la CONTRALORÍA GENERAL DE BOYACÁ por medio de la cual retiro de dicha entidad el señor JAIRO EDUARDO MARTÍNEZ SALAMANCA, a partir del 05 de marzo de 2015 por reconocimiento de la pensión de jubilación; y del oficio No. O.AJ.012 del 23 de enero de 2015 suscrito por la asesora jurídica de la Contraloría General de Boyacá.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho **condenar** a la **CONTRALORÍA GENERAL DE BOYACÁ** a reintegrar al señor JAIRO EDUARDO MARTÍNEZ SALAMANCA, identificado con C.C. No. 17.161.676 al cargo que desempeñaba al 04 de marzo de 2015, o a otro de igual o superior categoría y a pagar los salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales que dejó de percibir desde su retiro y hasta que se produzca el reintegro efectivo.

De dicho monto se descontarán las sumas que por concepto de pensión de vejez haya percibido el actor durante el lapso que permaneció cesante. El reintegro se hará efectivo hasta la edad de retiro forzoso, esto es los 70 años, y/o hasta que decida retirarse voluntariamente o acaezca otra causal de retiro definitivo del servicio, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

CUARTO.- Declarar para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios, entre la fecha del retiro, y la fecha en que se produzca el reintegro al cargo el demandante.

QUINTO: Condenar a la CONTRALORÍA GENERAL DE BOYACÁ, a pagar la la indexación de las sumas adeudada, conforme a lo dispuesto en el artículo 192 incisos 2 y 3 de la ley 1437 de 2011, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula de matemática financieras acogida por el Consejo de Estado:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de ésta sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

SEXTO.- Ordenar por Secretaría oficiar a COLPENSIONES que sea retirado de nómina de pensionados al señor JAIRO EDUARDO MARTÍNEZ SALAMANCA, identificado con C.C. No.17.161.676 hasta tanto su pensión de jubilación deba hacerse efectiva por ocurrencia de una causal de retiro definitivo del servicio.

SÉPTIMO.- Sin condena en costas.

OCTAVO.- La CONTRALORÍA GENERAL DE BOYACÁ, dará cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

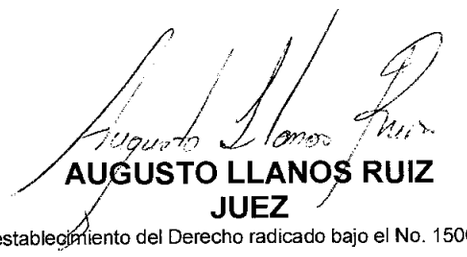
NOVENO.- No reconocer personería a la abogada GISEL DANIELA ANGULO MORENO, en tanto dentro de las facultades conferidas a la apoderada ZULMA PAOLA GARZON ROJAS (fl.215), no se encuentra la de sustituir.

DÉCIMO.- En razón a que ya se encuentra reconocido el abogado JAIRO CALDERÓN GÁMEZ (fl.125), se entiende que a partir de la fecha reasume como apoderado de la parte demandante.

DÉCIMO PRIMERO.- Notifíquese la presente providencia de conformidad con el artículo 203 del CPACA dentro de los 3 días siguientes mediante envío de su texto a través de mensaje al buzón electrónico para notificaciones judiciales. A quienes no se les deba o pueda notificar por vía electrónica, se les notificará por medio de estado en la forma prevista en el artículo 295 del Código General del Proceso.

DÉCIMO SEGUNDO.- Una vez en firme esta providencia archívese el expediente, dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor. Expídase copia auténtica a la parte demandante con la constancia de ser primera copia y prestar mérito ejecutivo conforme a lo establecido en el artículo 114 del C.G. del P., aplicable por remisión expresa del art. 306 del C.P.A.C.A., previa cancelación del respectivo arancel judicial[25]. Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema judicial.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



AUGUSTO LLANOS RUIZ
JUEZ

Sentencia Nulidad y Restablecimiento del Derecho radicado bajo el No. 150013333001 **2015 00168**-00

[25] Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura: *"Acuerdo No PSAA16-10458 de febrero 12 de 2016. "Por el cual se actualizan los valores del Arancel Judicial en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo..."*