

REINCORPORACION AL SERVICIO DE PENSIONADO – Regulación legal. Procedencia. Reconocimiento de mesadas pensionales desde el retiro hasta la reincorporación al servicio. No constituye doble asignación del tesoro público

La reincorporación al servicio de una persona pensionada es una situación excepcional que sólo procede para ocupar los cargos expresamente enlistados en el inciso segundo del artículo del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 y los de elección popular incluidos en el Decreto 583 de 1995. La reincorporación al servicio público le permite al pensionado acceder a la asignación mensual correspondiente y, en el evento de que esta sea inferior a la mesada pensional, recibir la diferencia hasta concurrencia total de la prestación social (Artículo 1 del Decreto 583 de 1995). En tal sentido, es del caso advertir que la reincorporación al servicio público no implica una excepción a la prohibición de que trata el artículo 128 de la Constitución Política según el cual “Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público”, porque el pensionado no percibe las dos asignaciones del Tesoro dado que el pago de la mesada pensional se suspende durante el tiempo de la vinculación laboral. Así las cosas, no es acertado el argumento de Fonprecon según el cual no es posible el pago de las mesadas pensionales por configurar una prohibición constitucional porque, se repite, la reincorporación de un pensionado al servicio público no implica el pago de dos asignaciones provenientes del Tesoro Público

FUENTE FORMAL: LEY 171 DE 1961 – ARTICULO 4 / DECRETO LEY 2400 DE 1968 – ARTICULO 29 / DECRETO 583 DE 1995 – ARTICULO 4 / CONSTITUCION POLITICA – ATICULO 128

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “B”

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá, D.C., seis (6) de septiembre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00582-01(0002-12)

Actor: EDGAR JOSE PEREA ARIAS

Demandado: FONDO DE PREVISION SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia de 25 de agosto de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que declaró no probadas las excepciones y accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por Edgar José Perea Arias contra el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. 1163 de 6 de noviembre de 2009, por medio de la cual el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República reconoció una pensión de jubilación a favor del actor aplicando lo dispuesto en la Ley 71 de 1988; 1233 de 25 de noviembre de 2009, proferida por Fonprecon, que desató el recurso de reposición interpuesto contra la decisión anterior confirmándola en todas sus partes.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República a reconocerle y pagarle las mesadas causadas desde el 31 de octubre de 2000, fecha en que perdió su investidura como Congresista, hasta el 1 de enero de 2009, fecha en que se reincorporó al servicio público como Embajador de Colombia en Sudáfrica en los términos del Decreto 2400 de 1968; pagarle las mesadas que se causen con posterioridad a su retiro definitivo del servicio con el salario de Embajador; indexar las sumas que resulten adeudadas conforme a lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A., pagarle los intereses corrientes y moratorios, y los perjuicios causados por la “carencia en la garantía de los derechos fundamentales” , y darle cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

El demandante fue elegido como Senador de la República para el periodo Constitucional 1998-2002, tomando posesión del cargo el 20 de julio de 1998. El Consejo de Estado, mediante sentencia de 18 de julio de 2000, declaró la pérdida de su investidura como Congresista.

A través de la sentencia T-1232 de 2003, la Corte Constitucional dejó sin efectos la sentencia de 18 de julio de 2000 proferida por el Consejo de Estado argumentando la violación de los derechos fundamentales del actor.

El demandante dejó de percibir el salario de Senador como consecuencia de la pérdida de investidura y no tenía ningún ingreso adicional porque renunció a sus labores de locutor precisamente para acceder al cargo de elección popular. Ante la situación tan apremiante, el 26 de septiembre de 2002, le solicitó a Fonprecon el reconocimiento de la indemnización sustituta que le fue concedida a través de la Resolución No. 0052 de 23 de enero de 2003 sin verificar que el actor contaba con 68 años de edad y más de 21 años de cotizaciones.

La entidad demandada no verificó si el actor cumplía los requisitos para acceder a la pensión de jubilación como era evidente y en tal sentido debió pagar la prestación a partir del 31 de octubre de 2000, fecha en la que cumplió los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para percibirla.

El 15 de diciembre de 2008, le solicitó a Fonprecon, solicitó la revocatoria directa del acto que le reconoció la indemnización sustitutiva de pensión porque lo procedente era el reconocimiento de la prestación por vejez.

Encontrándose en trámite dicha solicitud, el actor aceptó el cargo de Embajador en Sudáfrica desde el 2 de enero de 2009, es decir, que entre su retiro como Congresista y la reincorporación al servicio público transcurrieron más de 8 años sin que percibiera emolumento alguno.

Por Resolución No. 0485 de 28 de mayo de 2009, Fonprecon revocó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, previa devolución de la suma pagada por ese concepto, y ordenó remitir el expediente a la Subdirección de Prestaciones Económicas de la entidad para continuar con el trámite del reconocimiento de la pensión de jubilación.

Contra la decisión anterior interpuso recurso de reposición que fue resuelto por Fonprecon a través de la Resolución No. 1233 de 2009, confirmándola en todas sus partes.

La entidad demandada se negó a conciliar en la diligencia prejudicial argumentando que “el convocante devenga salario por parte del erario público” a pesar de que lo pretendido es el pago de las mesadas causadas desde el retiro como Congresista y la reincorporación al servicio público como Embajador de Colombia en Sudáfrica, no el pago simultáneo de los dos emolumentos.

El demandante, con 75 años de edad, presentó acción de tutela ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para lograr la protección de sus derechos fundamentales pero dicho Tribunal la consideró improcedente por contar con otro medio de defensa judicial.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:

Constitución Política, artículos 13, 29, 46, 47, 48, 53 y 94; Ley 4 de 1992; Ley 100 de 1993; Decretos Reglamentarios 1359 de 1993 y 1293 de 1994 y Acto Legislativo No. 01 de 2005.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de cobro de lo no debido y falta de estimación razonada de la cuantía (fls. 77-81).

Los actos administrativos demandados se ajustan a la legalidad porque fueron proferidos atendiendo la normatividad aplicables al caso y la prohibición constitucional contenida en el artículo 128, según la cual “Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público...”.

El artículo 19 de la Ley 4 de 1992, reitera tal prohibición al disponer que ninguna persona puede desempeñar dos o más cargos públicos ni recibir

más de una asignación por parte del tesoro público y enlista las excepciones a dicha regla que no se ajustan a la situación fáctica del actor.

En relación con el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, advirtió que el Decreto 1160 de 1989, reglamentario de la Ley 71 de 1988, determina expresamente en el artículo 9 que la pensión de jubilación se hará efectiva una vez el empleado o trabajador se retire “en forma definitiva” del servicio, hecho que no ha ocurrido en el presente caso donde el actor está desempeñando el cargo de Embajador.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró no probadas las excepciones y accedió parcialmente a las súplicas argumentando lo siguiente (fls. 115 a 139):

La excepción de cobro de lo no debido será decidida con el fondo del asunto porque es de aquellas que ataca las pretensiones. En relación con la falta de estimación razonada de la cuantía advirtió que la misma fue estimada en \$2.000'000.000 y en tal sentido se cumplió con el requisito dispuesto en el numeral 6 del artículo 137 del C.C.A.

En relación con el problema jurídico evidenció que no se trata del reconocimiento de la pensión de vejez ni de su monto calculado en \$16'647.856 sino del pago de las mesadas causadas y no pagadas desde el 31 de octubre de 2000 hasta el 1 de enero de 2009.

Fonprecon, a través de la Resolución No. 1163 de 6 de noviembre de 2009, reconoció a favor del actor la pensión por aportes de que trata la Ley 71 de 1988, por contar con más de 60 años de edad y 20 años de servicio en el sector público y privado, tal como lo establece el artículo 7 ibídem.

Luego de citar los artículos 29 del Decreto 2400 de 1968, 121 del Decreto 1950 de 1973 y 1° del Decreto 583 de 1995 y de referirse al régimen pensional especial de los Congresistas concluyó que el **“accionante por haber cotizado en el sector privado y en el sector público tiene derecho al reconocimiento de una pensión por aportes, según lo previsto por el artículo 7 de la Ley 71 de**

1988(...)”, y no a la indemnización sustitutiva de que trata el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 porque no se encontraba en ninguna de las situaciones fácticas que establece dicha normativa.

“En cuanto al punto de controversia” encontró demostrado que el actor no estuvo vinculado al servicio público entre el 31 de octubre de 2000 y el 1 de enero de 2009, fecha en que empezó a ejercer el cargo de Embajador en Sudáfrica, y por tanto no existe motivo no constitucional ni legal que le impida a Fonprecon pagar las mesadas que se causaron en dicho periodo.

Declaró la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 22 de mayo de 2005 porque la solicitud de reconocimiento pensional fue radicada ante Fonprecon el 22 de mayo de 2008 y el actor de reconocimiento pensional no determina la fecha a partir de la cual se haría exigible la prestación sólo la condicionó al retiro definitivo del servicio.

LOS RECURSOS

Las partes presentaron recurso de apelación contra el anterior proveído por las siguientes razones:

- El apoderado de la entidad demandada argumentó que Fonprecon no puede pagar la prestación pensional antes de que el actor acredite el retiro definitivo del servicio por expresa prohibición del artículo 9 del Decreto 1160 de 1989, reglamentario de la Ley 71 de 1988 (fl. 141).

Luego de resumir los argumentos en los que se sustentó el A quo para acceder parcialmente a las pretensiones advirtió que el actor solicitó una indemnización sustituta o la devolución de aportes de conformidad con el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, ante la incapacidad de seguir cotizando en el sistema en el Régimen de Pensiones del Congreso, lo cual es una situación ajena a Fonprecon.

Mediante los actos demandados al actor se le reconoce la pensión de jubilación cuyo disfrute es incompatible con el desempeño de cualquier cargo público o con percibir asignaciones del tesoro público como lo establece el artículo, salvo

las excepciones previstas en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992 dentro de las cuales no se encuentra el actor.

El pago de la prestación reconocida al demandante debe realizarse de acuerdo al artículo 9 del Decreto 1160 de 1989, es decir a partir del retiro del servicio, pero en la actualidad se encuentra desempeñando el cargo de Embajador de Colombia ante el Gobierno de Suráfrica desde el 2 de enero de 2009, y no está incurso en las excepciones mencionadas.

El reconocimiento pensional del actor no puede ser simultáneo con otro cargo público que esté desempeñando, por lo que los actos acusados no violan ninguna normatividad.

- El apoderado del actor limitó su inconformidad a la prescripción de los derechos causados con anterioridad al 22 de mayo de 2005, declarados por el A quo en la sentencia apelada (fl. 152).

Argumentó que el demandante suspendió el término de prescripción de derechos el 9 de diciembre de 2002, cuando solicitó la indemnización sustitutiva de que trata el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

En el sub lite se encuentra demostrado que el actor no reunía los requisitos exigidos en la Ley para acceder a la indemnización solicitada sino que reunía la edad y tiempo de servicio para obtener el reconocimiento pensional pues contaba con 68 años de edad y 21 años, 8 meses y 27 días de servicio.

Fonprecon violó la ley al reconocer la indemnización sustitutiva de pensión porque en su lugar debió otorgar la pensión de jubilación, en tal sentido, la prescripción del derecho pensional se interrumpió con la primera petición, **“es más si el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República hubiera acatado la Ley, el Señor Perea estaría pensionado desde el 31 de octubre de 2000, fecha que fue retirado ilegalmente del Congreso por haber perdido su investidura.”**

Reiteró que el Decreto 2400 de 1968 permite la reincorporación al servicio público como **“miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la**

respectiva carrera” y en tal sentido es acertado pagarle al actor las mesadas causadas desde el retiro definitivo del servicio como Congresista hasta la fecha en que se posesionó como Embajador de Colombia en Sudáfrica.

Como no se evidencia causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

Consiste en determinar si el señor Edgar José Perea Arias tiene derecho a que el Fondo de Previsión Social del Congreso le pague las mesadas pensionales causadas desde el 30 de noviembre de 2000 hasta el 1 de enero de 2009, fecha en que reincorporó al servicio público como Embajador de Colombia en Sudáfrica sin que haya lugar a la prescripción de derechos.

Actos Demandados Parcialmente

1. Resolución No. 1163 de 6 de noviembre de 2009, proferida por el Director General del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, que reconoció una pensión de jubilación a favor del señor Edgar José Perea Arias, en cuantía de \$16.647.856.99, **“para el años 2009, efectiva a partir de la fecha en que acredite el retiro definitivo del servicio público”** (fl.16).

Para el efecto tuvo en cuenta que el señor Perea Arias nació el 2 de junio de 1934 y acreditó 21 años, 8 meses y 27 días de servicio de aportes en el ISS y en Cajas y Fondos del sector público entre el 22 de enero de 1975 y el 31 de octubre de 2000, fecha en que perdió la investidura de Congresista.

Como normas aplicables citó los artículos 7 de la Ley 71 de 1988 y 17 del Decreto 816 de 2002, este último para no sujetar la prestación al tope de 20 salario mínimos **“teniendo en cuenta que el señor PEREA Arias adquirió el status de pensionado en calidad de Congresista”**.

En dicho acto se advirtió lo siguiente:

- El pensionado adquirió el derecho pensional el 3 de febrero de 1999, fecha en que completó 20 años de aportes.
- No es beneficiario del régimen especial pensional de Congresistas **“toda vez que no acredita haber tenido la calidad de Congresista con anterioridad al 1 de abril de 1994”**.
- Se encuentra vinculado al servicio público como Embajador de Colombia en Sudáfrica y por tal razón “la efectividad de la pensión se predicará a partir de la fecha en que se acredite su retiro definitivo del servicio público.

2. Resolución No. 1233 de 25 de noviembre de 2009, por medio de la cual el Director General del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la decisión anterior confirmándola en todas sus partes (fl. 23).

Luego de citar los artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la Ley 4 de 1992 concluyó que la pensión del señor Perea Arias debe empezar a pagarse cuando se retire del servicio público como Embajador de Colombia, cargo que empezó a desempeñar el 2 de enero de 2009.

De lo probado en el proceso

Con la certificación expedida por el Subsecretario General del Senado de la República el 4 de septiembre de 2008, quedó acreditado que el señor Perea Arias fue elegido Senador de la República por el periodo 1998-2002. Ostentó el cargo hasta el 31 de octubre de 2000 y no solicitó licencias no remuneradas (fl. 306 del cuaderno No. 2).

Por Resolución No. 0052 de 23 de enero de 2003, Fonprecon reconoció a favor del actor una indemnización sustitutiva de pensión por valor de \$23.247.434.03, en los términos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1730 de 2001, en razón a que acredita 69 años de edad y 2 años, 3 meses y 10 días de servicio en Fonprecon (fl. 323 del cuaderno No. 2).

El 18 de diciembre de 2008, el señor Pera Arias solicitó ante Fonprecon la revocatoria directa del acto administrativo anterior que fue desatada

favorablemente a través de la Resolución No. 0485 de 28 de mayo de 2009, ordenando la remisión del expediente a la Subdirección de Prestaciones Económicas para continuar con el trámite correspondiente al estudio de la pensión (fl. 342 cuaderno No. 2).

La pensión de jubilación fue reconocida a través de la Resolución No. 1163 de 6 de noviembre de 2009, demandada en la presente acción.

A folio 379 del cuaderno No. 2 obra declaración extrajuicio dirigida a Fonprecon en la que el señor Perea Arias manifestó que no ejerció cargo público desde el 31 de octubre de 2000, que fue retirado del cargo de Congresista, hasta el 2 de enero de 2009, que aceptó el cargo de Embajador de Colombia en Sudáfrica. Solicitó “por primera vez el reconocimiento y pago de la pensión” el 22 de mayo de 2008 y su apoderado dio aviso de la reincorporación el 30 de diciembre de 2008.

Análisis de la Sala

Teniendo en cuenta que el problema jurídico se relaciona con el pago de las mesadas causadas y no pagadas desde la fecha de causación del derecho hasta la reincorporación al servicio público del señor Perea Arias, procede la Sala al estudio del asunto en el siguiente orden:

Reincorporación al servicio público de un pensionado

En relación con la incorporación al servicio público de un pensionado, el artículo 4 de la Ley 171 de 1961, determinó:

“Al pensionado por servicios a una o más entidades de derecho público, que haya sido o sea reincorporado a cargos oficiales y haya permanecido o permanezca en ellos por tres (3) años o más, continuos o discontinuos, le será revisada su pensión a partir de la fecha en que quede nuevamente fuera del servicio, con base en el sueldo promedio de los tres últimos años de servicios.
(...)”.

A su vez, el artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968, que regula la Administración del Personal Civil que presta sus servicios en los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público, dispone lo siguiente:

“(...)

La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de presidente de la república, ministro del despacho, jefe de departamento administrativo, superintendente, viceministro, secretario general de ministerio o departamento administrativo, presidente, gerente o director de establecimientos públicos o de empresas industriales y comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidas en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años¹.”

El Decreto 583 de 1995, **“por el cual se dictan disposiciones en materia prestacional del sector oficial”**, mantuvo la regla anterior agregando como excepción para el reintegro de pensionados los cargos de elección popular, con el siguiente tenor literal:

“ARTICULO 1. Las personas que se encuentren gozando de pensión de jubilación o vejez y se reintegren al servicio en uno de los empleos señalados en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 o en uno de elección popular, percibirán la asignación mensual correspondiente. En el evento de que dicha asignación fuere menor a la mesada pensional, percibirán adicionalmente la diferencia por concepto de pensión, hasta concurrencia total de la prestación social.”.

En relación con el tema, la Corte Constitucional, en sentencia C-331 de 22 de marzo de 2000, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell, al declarar exequible la expresión "con base en el sueldo promedio de los últimos tres años de servicios", contenida en el artículo 4º de la ley 171 de 1961², sostuvo lo siguiente:

“(...)

c) La posibilidad de la reincorporación o derecho a acceder de nuevo a determinados cargos públicos, es bastante limitado por la circunstancia de que dicha reincorporación sólo es viable a un escaso número de cargos, que son de libre nombramiento y remoción. Por lo tanto, la probabilidad de acceder a ellos es bastante incierta pues la designación en uno de esos cargos depende de la libertad discrecional del nominador. En cambio, el derecho a permanecer en el cargo, no obstante haber obtenido el servidor el derecho a la pensión, no comporta la incertidumbre ni las restricciones antes mencionadas.

¹ Modificado por el Decreto 3074 de 1968 artículo 1.

² Bajo la condición de que se entienda que el sueldo promedio de los tres últimos años de servicio, que sirve de base para la liquidación de la pensión, debe ser actualizado en la forma indicada en el art. 21 de la ley 100/93

La regla jurídica que gobierna la reincorporación al servicio de un pensionado en forma excepcional, obedece primordialmente a la política de empleo del Estado y a la necesidad de ofrecer oportunidades a todas las personas de ejercer y gozar el derecho político de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40-7 C.P.), en la medida en que como los pensionados ya han tenido oportunidad de un empleo en el sector público, las posibilidades de reintegro al servicio deben ser muy restringidas para asegurar a las demás personas el mencionado derecho. ”.

Teniendo en cuenta lo anterior, la reincorporación al servicio de una persona pensionada es una situación excepcional que sólo procede para ocupar los cargos expresamente enlistados en el inciso segundo del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 y los de elección popular incluidos en el Decreto 583 de 1995³.

La reincorporación al servicio público le permite al pensionado acceder a la asignación mensual correspondiente y, en el evento de que esta sea inferior a la mesada pensional, recibir la diferencia hasta concurrencia total de la prestación social (Artículo 1 del Decreto 583 de 1995).

En tal sentido, es del caso advertir que la reincorporación al servicio público no implica una excepción a la prohibición de que trata el artículo 128 de la Constitución Política según el cual “Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público”, porque el pensionado no percibe las dos asignaciones del Tesoro dado que el pago de la mesada pensional se suspende durante el tiempo de la vinculación laboral.

En relación con el tema, es del caso advertir que la reincorporación al servicio público no se encuentra dentro de las excepciones contenidas en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, que exceptúa de la prohibición constitucional las siguientes:

“Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptuánse las siguientes asignaciones:

³ La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencias de 31 de julio de 1996, Exp. 11108, M.P. Dr. Carlos Orjuela Gongora y, de 18 de abril de 2002, Exp. 1608-01, M.P. Dr. Alberto Arango Mantilla, analizaron casos similares en los que se aceptó que la reincorporación al servicio de un pensionado es excepcional y por tal razón sólo procede para ocupar los cargos especialmente señalados en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, ya que allí se establece la prohibición general de reincorporación.

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;
- e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;
- f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;
- g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados.

PARÁGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades.⁴

De la normatividad en cita resulta evidente que la reincorporación de un pensionado al servicio público es una situación excepcional que sólo procede en los casos expresamente señalados en la ley y no permite el goce de dos asignaciones del Tesoro Público en razón a que el pago de la mesada pensional se suspende durante el vínculo laboral.

Así las cosas, no es acertado el argumento de Fonprecon según el cual no es posible el pago de las mesadas pensionales por configurar una prohibición constitucional porque, se repite, la reincorporación de un pensionado al servicio público no implica el pago de dos asignaciones provenientes del Tesoro Público.

Aclarado lo anterior, procede la Sala a determinar si es viable el pago de las mesadas supuestamente causadas desde el retiro del actor como Congresista y su reincorporación como Embajador de Colombia en Sudáfrica.

Caso concreto

En el sub lite se encuentra demostrado que el señor Edgar José Perea Arias ejerció el cargo de Congresista hasta el 31 de octubre de 2000, fecha en que se ejecutó la sentencia de 18 de julio de 2000 a través de la cual el Consejo de

⁴ Artículo declarado exequible por la Corte Constitucionalidad en Sentencia C-133 del 1º de abril de 1993, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa,

Estado declaró la pérdida de investidura de Congresista que ostentaba el señor Perea Arias.

La Corte Constitucional, en sentencia T- 1232 de 16 de diciembre de 2003, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería, tuteló los derechos fundamentales del señor Perea Arias; dejó sin efecto las sentencias proferidas por el Consejo de Estado el 18 de julio de 2000 y el 13 de agosto de 2002, por medio de las cuales la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo declaró la pérdida de investidura como Senador y decretó la improsperidad del recurso extraordinario de revisión. En el numeral cuarto se abstuvo de ordenar el reintegro al cargo de senador “**ante la imposibilidad material de su cumplimiento, habida cuenta de que el período constitucional para el cual fue elegido (1998 – 2002) se encuentra expirado**”.

El demandante solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación el 18 de diciembre de 2008 previa revocatoria del acto a través del cual Fonprecon le reconoció una indemnización sustitutiva de pensión (fl. 342 cuaderno No. 2).

Fonprecon, accedió a la revocatoria directa del acto que ordenó el pago de la indemnización sustitutiva y, a través de la Resolución No. 1163 de 6 de noviembre de 2009 (demandada parcialmente en la presente acción), ordenó el reconocimiento de la pensión de jubilación a favor del actor considerando que adquirió el status pensional el 3 de febrero de 1999, fecha en que completó 20 años de aportes. El retiro del servicio como Congresista ocurrió el 31 de octubre de 2000 (fl. 16).

Según declaración extrajuicio fechada el 22 de octubre de 2009, el señor Perea Arias no ejerció cargos públicos desde el 31 de octubre de 2000 hasta el 2 de enero de 2009, fecha a partir de la cual aceptó el cargo de Embajador de Colombia en Sudáfrica.

Todo lo anterior permite concluir que Fonprecon debió reconocer las mesadas pensionales desde la fecha en que el demandante acreditó su retiro como Congresista, 1 de noviembre de 2000, hasta el día en que se reincorporó al servicio público como Embajador, 1 de enero de 2009, aplicando la prescripción de derechos a que hubiere lugar.

Ahora bien, en relación con la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 22 de mayo de 2005 es del caso advertir lo siguiente:

De la Prescripción

La prescripción de derechos se encuentra regulada en el Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968, por medio del cual dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público y en el artículo 102 dispone lo siguiente:

“PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES.

1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”.

En el presente caso se encuentra demostrado que el derecho a la pensión de jubilación se causó el 1 de noviembre de 2000, fecha en que dejó de ejercer el cargo de Congresista, pero la petición de reconocimiento pensional fue presentada “por primera vez el 22 de mayo de 2008” tal como lo aceptó el actor en la declaración que rindió el 22 de octubre de 2009 (fl. 379 cuaderno 2).

Así, la prescripción se interrumpió con la petición de reconocimiento pensional presentada el 22 de mayo de 2008, lo que significa que, por tratarse de una prestación periódica, las mesadas causadas antes del 22 de mayo de 2005 se encuentran prescritas.

Por lo expuesto, no es procedente la modificación que sobre el tema pretende el actor en el recurso de apelación y en tal sentido debe confirmarse la decisión del A quo que declaró prescritas las mesadas causadas con antelación al 22 de mayo de 2005.

Por las razones expuestas, el fallo apelado que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda merece ser confirmado.

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

FALLA

Confírmase la sentencia de 25 de agosto de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda incoada por el señor EDGAR JOSE PEREA ARIAS.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ