

REINTEGRO AL SERVICIO DE PENSIONADO A CARGO DE LA RAMA JUDICIAL – Procedencia. Reajuste pensional.

Lo anterior, a juicio a la Sala, implica que además de las excepciones de reintegro de pensionados, consagradas para los cargos de la Rama Ejecutiva previamente descritos y establecidos en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, también se estableció una excepción que permite el reingreso para ejercer cargos de la Rama Judicial (artículo 11 de la Ley 542 de 1977). Considera la Sala que la previsión anterior (artículo 1 del Decreto 583 de 1995), en momento alguno está encaminada a desconocer los derechos derivados del artículo 11 del Decreto 542 de 1977, sino a precisar, en forma puntual, cómo ha de ser la remuneración que reciben quienes siendo pensionados, hubieren reingresado al servicio en virtud del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, pero ello de por sí, no implica derogatoria de la excepción de reingreso consagrada a favor de quienes, teniendo la condición de pensionados, ingresen a ejercer cargos en la Rama Judicial. Ahora bien, de aplicarse el restringido listado previsto en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 a empleos de la Rama Judicial, podría afirmarse que, ni siquiera debió proceder la vinculación de la demandante en el cargo que desempeñó durante más de 11 años como Magistrada de Tribunal Administrativo, por ya haber tenido pensión reconocida a su favor, restricción que aplicaría en igual condición a cualquier pensionado que pretendiera acceder a un cargo en esta rama del poder público, situación que comportaría violación del artículo 11 del Decreto Ley 542 de 1977 que no ha sido objeto de derogatoria expresa o tácita, así como del régimen de administración de personal que le es propio a la Rama Judicial.

FUENTE FORMAL: LEY 171 DE 1961 / DECRETO 2400 DE 1968 – ARTICULO 29 / DECRETO LEY 542 DE 1977 – ARTICULO 11 / DECRETO 583 DE 1995 – ARTICULO 1

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUB SECCION “A”

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 54001-23-31-000-2010-00480-01(1601-12)

Actor: IZIAR ELISA EVELIA SARMIENTO TORRES

Demandado: FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP

APELACIÓN SENTENCIA

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del

Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones, contra la sentencia proferida el 24 de febrero de 2012 por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, IZIAR ELISA EVELIA SARMIENTO TORRES solicita al Tribunal declarar nulas las Resoluciones Nos. 1127 de marzo 23 y 1760 de junio 11 de 2010 expedidas por el Director General del Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones, mediante las cuales se negó la reliquidación pensional solicitada y se resolvió el recurso de reposición, respectivamente.

Como consecuencia de tal declaración pide reconocer, reliquidar y pagar su pensión de jubilación en el equivalente al 75% de la asignación mensual más alta recibida en el último año de servicios, incluyendo las doceavas partes de las primas de servicios, navidad y vacaciones, así como la bonificación por servicios, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 717 modificado por el artículo 4º del Decreto 911 de 1978, con efectividad a partir del 10 de junio de 2009 y reajustar la misma de conformidad con la ley, sin someterla a topes pensionales por tratarse de un régimen especial derivado del artículo 8º del Decreto 546 de 1971; pagar las diferencias que se adeudan, desde el 10 de junio de 2009, fecha en que se produjo el retiro efectivo del servicio, hasta cuando se efectúe el pago; realizar una reliquidación en concreto de la mesada pensional actualizada; ajustar las sumas de valor adeudadas y sobre ellas aplicar los intereses moratorios respectivos; dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del C.C.A. y condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

Como pretensión subsidiaria¹ solicita que en el evento de no reliquidar la pensión sobre el 75% de la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicios, se haga con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios incluyendo las doceavas partes de las primas de servicios, navidad y vacaciones, sobre los factores de salario certificados por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, como son asignación básica, prima especial de servicios, bonificación por compensación, bonificación por servicios y primas de vacaciones y navidad.

Como hechos que sustentan sus pretensiones expone los siguientes:

Prestó sus servicios en diferentes entidades del Estado, como son las Secretarías de Educación de Bogotá y Cundinamarca, el Departamento Administrativo Especial de la Aeronáutica Civil, el Ministerio de Gobierno, la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría de Bogotá y de esta última, obtuvo el reconocimiento pensional de jubilación a partir del 1º de abril de 1994 por haber laborado más de 20 años de servicio al Estado y cumplir 50 años de edad, conforme al régimen de edad contenido en el literal b), artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, pensión que se liquidó con base en el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios.

El valor de su pensión fue asumido por la Caja de Previsión Social de

¹ Según adición de la demanda visible de folios 41 a 43.

Santa fe de Bogotá mediante Resolución No. 1619 de diciembre 29 de 1995 y fue liquidada con los siguientes factores: asignación básica, gastos de representación, primas técnica, de antigüedad, de navidad, semestral y de vacaciones, con base en el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios.

Las pensiones reconocidas por la citada Caja de Previsión, fueron asumidas por FAVIDI a partir del 1º de enero de 1996, a causa de su insolvencia; posteriormente dicha obligación se impuso a cargo de la Secretaría de Hacienda de Bogotá y finalmente al Foncep.

Presentó concurso de méritos y en virtud de él se vinculó como Magistrada del Tribunal Administrativo de Norte de Santander a partir del 1º de junio de 1998, motivo por el cual notificó a FAVIDI para que suspendiera el pago de su pensión.

Solicitó la reliquidación de su mesada pensional mediante petición de julio 26 de 2004, por haber cumplido el término fijado por el artículo 11 del Decreto 542 de 1977, petición que fue despachada desfavorable mediante Resolución No. 2495 de septiembre 13 de 2005, por considerar que el cargo en que se produjo la reincorporación no está contemplado en la norma para beneficiarse de la revisión de la pensión.

La resolución anterior fue modificada mediante Resolución No. 2391 de noviembre 17 de 2006 en donde se concluyó que las normas que gobiernan su pensión de jubilación son aquellas vigentes al momento de la adquisición del status de pensionada.

Mediante Resolución No. 0027 de enero 31 de 2007 se resolvió el recurso de apelación en cuyos considerandos se adujo la imposibilidad de reliquidar la pensión, dada la necesidad de demostrar el retiro definitivo del servicio.

El 9 de junio de 2009 se desvinculó del servicio, por haber cumplido la edad de retiro forzoso, momento en el cual completó más de 10 años de servicio como Magistrada del Tribunal Administrativo, razón por la cual acreditó ante el FONCEP el requisito de retiro del servicio aducido en la resolución previamente mencionada y por tal motivo elevó dos peticiones: una tendiente a la reactivación del pago de la pensión suspendida y la otra encaminada a la reliquidación pensional.

Para reactivar su mesada pensional, se expidió la Resolución No. 312 de febrero 3 de 2010, tomando como base los valores devengados en el Distrito Capital a la fecha de suspensión de la misma y en torno a la reclamación de reliquidación pensional se informó que era un punto de controversia que sería reasignado y la decisión que al respecto se tomara, sería notificada para ejercer el derecho de contradicción.

Envío comunicación al Director de Pensiones del FONCEP indicándole que estaba desconociendo lo decidido en las Resoluciones Nos. 2391 de 2006 y 0027 de 2007, que le concedieron el derecho a la reincorporación con la posterior reliquidación de su mesada pensional, supeditada solamente al retiro del servicio, condición que al haberse cumplido, fue informada mediante el oficio previamente enunciado.

Sin embargo, el FONCEP expidió la Resolución No. 1127 de marzo 23 de 2010 que negó la solicitud de reliquidación e invocó como fundamento el Decreto 583 de 1995 en que no se reguló, como lo hicieron los Decretos 2400 de 1968 y 1848 de 1969, el tema del reintegro al servicio en empleos como el que ocupó, sino que solo se refirió a los de elección popular y los de excepción en la Rama Administrativa, siempre que no hubieran llegado a la edad de retiro forzoso.

Contra la anterior decisión interpuso recurso de reposición, reiterando que el tema ya había sido objeto de pronunciamiento en vía gubernativa en decisiones anteriores y se había definido que para que se produjera la reliquidación, en su caso, solo bastaba demostrar el retiro definitivo del servicio, de modo que si la administración no pretendía acatar lo ya decidido, debió acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa, en aras de que dirimiera la controversia al respecto.

La administración resolvió negativamente el recurso de reposición mediante Resolución No. 1760 de junio 11 de 2007.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal accedió a la petición subsidiaria de la demanda.

Aseguró que el derecho a la reliquidación pensional por reincorporación se deriva de lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 542 de 1977; sin embargo, su derecho pensional no puede liquidarse en la forma descrita en el Decreto Ley 546 de 1971, pues no es beneficiaria del régimen de transición allí establecido y por ello, la reliquidación de su pensión se debe hacer en los términos de las Leyes 33 y 62 de 1985.

Sostuvo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 542 de 1977 el reintegro a un cargo en la Rama Judicial o Ministerio Público, da lugar a la reliquidación pensional en cuanto se trabaje, por lo menos durante dos años continuos en el nuevo cargo y dicha disposición no se encuentra derogada, como lo propone la entidad demandada.

Asegura que la pensión no puede ser liquidada con base en el régimen especial de transición de los servidores de la Rama Judicial pues la demandante fue pensionada con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993; por lo tanto, su reliquidación pensional sí se debe producir con base en el último salario devengado, pero sujeta a las normas vigentes al momento en que adquirió su derecho pensional, es decir, las Leyes 33 y 62 de 1985.

LA APELACIÓN

Inconforme con la sentencia del Tribunal, el apoderado de la entidad demandada la apeló en la oportunidad procesal. Afirma que no hay discusión en torno a las normas que gobiernan la pensión de jubilación de la demandante, que son las Leyes 33 y 62 de 1985, pues la pensión le fue reconocida en forma previa a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Dice que las normas que establecieron el régimen salarial y prestacional especial para la Rama Judicial se aplican solo a quienes consolidaron

su situación jurídica durante su vigencia o a quienes se encuentran amparados por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues tales servidores públicos fueron incorporados al Sistema de Seguridad Social en Pensiones mediante Decreto 691 de 1994.

Sostiene que para la fecha en que la demandante ingresó a prestar su servicio en la Rama Judicial, dicho régimen especial solo estaba vigente para quienes hubieran consolidado su derecho en virtud de tales normas especiales, pero como en su caso particular se definió su situación con fundamento en normas anteriores que cobijan a empleados del régimen ordinario, mal puede pretender la reliquidación de su pensión por reincorporación al servicio con base en normas de un régimen especial que ya no está vigente.

Asegura que si bien es cierto en el régimen ordinario está consagrado el derecho a la reincorporación al servicio y la posibilidad de reliquidar la pensión con base en el último salario devengado, tal derecho está restringido para ciertos empleos y dentro de ellos no se encuentra el que la demandante ocupó dentro de la rama judicial; por lo tanto, no causó derecho a que su prestación sea reliquidada en la forma solicitada y ordenada por el a quo.

Manifiesta que el reparto constitucional de las competencias entre el ejecutivo y el legislativo varió con la expedición de la Constitución de 1991 y por ello, es claro que el Decreto 583 de 1995 sí podía derogar el contenido del Decreto 542 de 1977 y es el primero de ellos el que reguló de manera integral la materia alusiva a la prohibición de reintegro al servicio público de los pensionados de todos los órganos y entidades del Estado, entre ellos, la Rama Judicial, salvo los exceptuados de conformidad con lo previsto en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, los de elección popular y lo que posteriormente se agregaron.

Cita la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado en el proceso radicado 112-09, que se refiere al ingreso base de liquidación para el reconocimiento pensional.

Finalmente solicita que en el evento de no acceder a revocar totalmente la sentencia recurrida, se ordene realizar los descuentos sobre los factores salariales respecto de los cuales no se hicieron aportes durante la vida laboral de la demandante, a partir de su reintegro como servidora pública de la rama judicial.

Se decide, previas estas

CONSIDERACIONES

Se trata de establecer la legalidad de las Resoluciones Nos. 1127 de marzo 23 de 2010 y 1760 de junio 11 de 2010, expedidas por el Director General del Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones – FONCEP, mediante las cuales se resolvió la solicitud de reliquidación pensional formulada por la señora Iziar Elisa Evelia Sarmiento Torres.

El asunto que se debate está encaminado a establecer si la pensión de jubilación de la demandante debe ser reliquidada por haberse reincorporado al servicio, bien con el régimen especial de la Rama Judicial o bien, con el régimen general, pero teniendo en cuenta el último salario devengado durante su reincorporación.

La demandante laboró al servicio de diferentes entidades del Estado, motivo por el cual la Caja de Previsión Social de Santa fe de Bogotá reconoció a su favor una pensión de jubilación mediante Resolución No. 1619 de diciembre 29 de 1994 a partir del 01 de abril de 1994², para cuyo reconocimiento se tuvo en cuenta el régimen general consagrado en las Leyes 33 y 62 de 1985.

La señora Sarmiento Torres solicitó a Favidí la suspensión de su mesada pensional por reincorporación al servicio³, en el cargo de Magistrada del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, solicitud despachada en forma favorable⁴ y tal suspensión procedió a partir del 8 de julio de 1998.

La demandante estuvo vinculada en el mencionado cargo desde el 1º de junio de 1998 hasta el 9 de junio de 2009, por haber cumplido la edad de retiro forzoso⁵.

Con radicado del 22 de enero de 2002 solicitó la reliquidación de su pensión, que se resolvió desfavorable mediante oficio No. DP-0503 de febrero 2, en donde la Jefe de la Sección Pensiones de FAVIDI informó que para la reactivación de su pensión era necesario demostrar retiro definitivo del servicio; además, señaló que si el cargo en que se produjo el reingreso es de aquellos aludidos en el Decreto 2400 de 1968 procede la reliquidación de su pensión, previa la aportación de los soportes correspondientes, y de no haberse producido en uno de los mencionados cargos, simplemente se reactivará el pago de la mesada pensional⁶ en la forma y términos en que fue suspendida.

Mediante radicado del 26 de julio de 2004⁷, la demandante digirió petición a la Secretaría de Hacienda Distrital de Bogotá – Subsecretaría de Pensiones⁸ con el mismo objeto de reliquidación pensional y, en esta oportunidad, se resolvió desfavorable mediante Resolución No. 2495 de septiembre 13 de 2005⁹, con el argumento de que el cargo en que se produjo el reingreso no está enlistado en el Decreto 2400 de 1968; por lo tanto, no es susceptible de ser beneficiaria de la revisión de su pensión por reingreso.

La demandante interpuso recursos de reposición y subsidiario de apelación¹⁰ que se resolvieron mediante Resoluciones Nos. 2391 de noviembre 17 de 2006¹¹ y 0027 de enero 31 de 2007¹² que confirmaron la decisión inicial.

Con radicado 28 de septiembre de 2009¹³ la señora Sarmiento Torres solicitó la reactivación de su mesada pensional a partir del 10 de junio del mismo año, por haberse producido el retiro del servicio, de igual manera solicitó la revisión de su mesada pensional por reintegro al servicio.

² Folios 314 a 316 del cuaderno 1 de pruebas.

³ Folio 501 del cuaderno 2 de pruebas.

⁴ Folio 500 del cuaderno 2 de pruebas.

⁵ Folio 506 del cuaderno 2 de pruebas.

⁶ Folio 332 del cuaderno 1 de pruebas.

⁷ Folios 339 a 351 del cuaderno 1 de pruebas.

⁸ Quien asumió el reconocimiento de su pensión.

⁹ Folios 421 a 430 del cuaderno 1 de pruebas.

¹⁰ Folios 441 a 459 del cuaderno 1 de pruebas.

¹¹ Folios 460 a 465 del cuaderno 1 de pruebas.

¹² Folios 469 a 476 del cuaderno 1 de pruebas.

¹³ Folios 497 a 499 del cuaderno 1 de pruebas.

La solicitud anterior se resolvió por el Director General del Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones – FONCEP mediante Resolución No. 1127 de marzo 23 de 2010¹⁴ en forma desfavorable a su pretensión y fue confirmada por la Resolución No. 1760 de junio 11 de 2010¹⁵ al resolver el recurso de reposición.

Con fundamento en los hechos narrados, la demandante reclamó de esta jurisdicción, la reliquidación de su pensión con base en el régimen especial que cobija a los empleados de la Rama Judicial o, en su defecto, con base en lo devengado en el último año de servicios.

El a quo negó la reliquidación pensional con base en la aplicación del régimen especial que se pretendía, aspecto que no fue motivo de reproche por parte de la interesada, y concedió la reliquidación pensional con base en lo devengado en el último año de servicio, en aplicación de las normas que sirvieron de fundamento para el reconocimiento pensional, es decir, las Leyes 33 y 62 de 1985, decisión motivo de disenso por parte de la entidad demandada; por lo tanto, el estudio de la controversia se circunscribirá a ese aspecto.

El artículo 4o de la Ley 171 de 1961 estableció la revisión de la pensión para aquellos pensionados que reingresaran al servicio público después de haber obtenido su pensión, siempre y cuando dicho reingreso permaneciera por lo menos durante 3 años continuos o discontinuos, caso en el cual se tendría como base para tal revisión, el promedio de lo devengado en los 3 últimos años de servicio.

La expresión relativa al referido promedio fue materia de estudio de constitucionalidad por parte de la Corte, que en sentencia C-331 de 2000 la declaró exequible; sin embargo, hizo algunas precisiones relevantes para el estudio del asunto que nos ocupa; así, por ejemplo, señaló que tal consagración no se entendía derogada expresa ni tácitamente por la Ley 100 de 1993, pues su previsión no es incompatible con ésta; sin embargo, resaltó que la posibilidad de reingreso al servicio público de un pensionado se encuentra limitada a determinados empleos, entre otras razones, en aras de ofrecer nuevas oportunidades de acceso al servicio público. Así discurrió:

“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.

¹⁴ Folios 437 a 442 del cuaderno 2 de pruebas.

¹⁵ Folios 496 a 507 del cuaderno 2 de pruebas.

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.

No es lo mismo, por consiguiente, la reincorporación al servicio público de quien se ha retirado de éste para gozar de pensión, de la situación que se presenta cuando alguien es pensionado y permanece en el servicio, por no estar obligado a retirarse de éste. Ello justifica la diferente regulación y el tratamiento distinto en lo que atañe con la forma de reliquidar la pensión”. (Negrilla fuera de texto).

Ahora bien, es indispensable precisar que si bien la Ley 171 de 1961 no estableció un límite en cuanto a los empleos susceptibles de tal reincorporación o reingreso al servicio, de ello se ocupó el Decreto 2400 de 1968 en cuyo artículo 29¹⁶ estableció que las personas que se hubieren retirado del servicio con derecho a jubilación no podrán ser retiradas del servicio, salvo que el reingreso se produzca en los siguientes cargos: 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 comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios a que alude dicha norma; así mismo, consagró la posibilidad de que el Gobierno Nacional, por necesidades del servicio, ampliara tales excepciones.

Ahora bien, la anterior previsión también fue objeto de control de constitucionalidad y declarada exequible por la Corte mediante sentencia C-124 de 1996, aduciendo que es el legislador quien está facultado para determinar las formas de ingreso y retiro de los empleados al servicio del Estado y también para consagrar las excepciones en que se puede producir el reingreso al mismo en aras de la eficacia y eficiencia de la función pública. Además, precisó lo siguiente:

“A lo anterior debe agregarse que las normas consagradas en el Decreto 2400 de 1968, subrogado por el Decreto 3074 del mismo año, regula la administración del personal civil que presta sus servicios en los empleos de **la Rama Ejecutiva del Poder Público**, sin hacer referencia en ellos a las autoridades del orden departamental, distrital o municipal”. (Se resalta).

Ahora bien, el artículo 11 del Decreto Ley 542 de 1977 “por el cual se fija la remuneración para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público y se dictan otras disposiciones” establece:

¹⁶ Tal disposición fue modificada por el decreto 3074 de 1968.

“Artículo 11. El reintegro a un cargo de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público de quien esté disfrutando de pensión de jubilación o de vejez, solo da derecho al reajuste de la misma cuando se haya trabajado por lo menos durante dos años continuos en el nuevo cargo”.
(Negrilla y subraya de la Sala).

Lo anterior, a juicio a la Sala, implica que además de las excepciones de reintegro de pensionados, consagradas para los cargos de la Rama Ejecutiva previamente descritos y establecidos en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, también se estableció una excepción que permite el reingreso para ejercer cargos de la Rama Judicial.

El recurrente afirma que dicha disposición se entiende derogada con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 583 de 1995 “por el cual se dictan disposiciones en materia prestacional del sector oficial” cuyo tenor literal es el siguiente:

“Artículo 1º.- 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 inferior a la mesada pensional, percibirán adicionalmente la diferencia por concepto de pensión, hasta concurrencia del valor total de esta prestación social.”

Al respecto, considera la Sala que la previsión anterior, en momento alguno está encaminada a desconocer los derechos derivados del artículo 11 del Decreto 542 de 1977, sino a precisar, en forma puntual, cómo ha de ser la remuneración que reciben quienes siendo pensionados, hubieren reingresado al servicio en virtud del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, pero ello de por sí, no implica derogatoria de la excepción de reingreso consagrada a favor de quienes, teniendo la condición de pensionados, ingresen a ejercer cargos en la Rama Judicial.

La Sala no desconoce que en diversos pronunciamientos¹⁷ se ha referido a la excepción de reincorporación de pensionados, aludiendo en forma exclusiva a los cargos mencionados en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968; sin embargo, debe precisarse que en ninguno de tales casos se analizó el reingreso de empleados a cargos que hacen parte de la Rama Judicial, como ocurre en el presente asunto y por ello, el análisis solo se circunscribió a las normas que cobijan a la Rama Ejecutiva¹⁸.

Ahora bien, de aplicarse el restringido listado previsto en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 a empleos de la Rama Judicial, podría afirmarse

¹⁷ Entre ellos las sentencias de mayo 20 de 2010, radicación número: 25000-23-25-000-2006-00626-01(1938-07), Consejera Ponente Bertha Lucía Ramírez; noviembre 4 de 2010, radicación número: 73001-23-31-000-2008-00614-01(1708-09), Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve; abril 29 de 2010, radicación número: 25000-23-25-000-2002-09989-01(5143-05), Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero, entre otras.

¹⁸ Al respecto, debe aclararse que en sentencia C-331 de 2000, cuyo aparte se transcribió en forma previa, la Corte Constitucional también precisó que los destinatarios de la exclusión aludida en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, eran los empleados de la Rama Ejecutiva.

que, ni siquiera debió proceder la vinculación de la demandante en el cargo que desempeñó durante más de 11 años como Magistrada de Tribunal Administrativo, por ya haber tenido pensión reconocida a su favor, restricción que aplicaría en igual condición a cualquier pensionado que pretendiera acceder a un cargo en esta rama del poder público, situación que comportaría violación del artículo 11 del Decreto Ley 542 de 1977 que no ha sido objeto de derogatoria expresa o tácita, así como del régimen de administración de personal que le es propio a la Rama Judicial.

Al respecto, la Sala trae a estudio lo decidido en sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia¹⁹ contra una decisión emitida por la Sala Plena de esta Corporación, mediante la cual se eligió y confirmó la elección de un Magistrado del Tribunal Administrativo del Magdalena, que previamente tenía reconocida pensión de jubilación, en donde se concluyó:

“El artículo 150 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia enumera las causales de inhabilidad para ejercer cargos en la Rama Judicial, dentro de los cuales no se relaciona la calidad de pensionado.

Indica también lo dispuesto en el Decreto Ley 546 de 1971, que jurídicamente no es posible acudir a las previsiones del Decreto 2400 de 1968, ni de su reglamentario, el 1950 de 1973, porque al decir de sus primeros artículos, estos estatutos están dirigidos a regular la administración de personal de la rama ejecutiva del poder público, a la cual no pertenece el cargo del demandado, así como tampoco, el proceso electoral objeto de la presente acción.

Complemento de lo anterior, es que el artículo 11 del Decreto Ley 542 de 1977, “Por el cual se fija la remuneración para funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, y se dictan otras disposiciones”, establece que: (se cita).

Lo anterior permite concluir que existiendo régimen especial para la Rama Judicial, en el cual se autoriza de manera taxativa el reintegro al servicio de quien esté disfrutando de pensión de jubilación o de vejez, a ella debemos someternos y no a la legislación diferente aplicable a otras ramas del poder público.”

Así las cosas, concluye la Sala que fue en aplicación de lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 542 de 1977 que se permitió el ingreso de la demandante al servicio de la rama judicial a pesar de tener reconocida la pensión de jubilación²⁰ y ello comporta la consecuencia que alude dicha disposición, que consiste en el reajuste de la pensión²¹ por haber cumplido el término de permanencia previsto en la norma.

¹⁹ Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Radicación No. 11001 02 30 017 2004 0002, Magistrado Ponente Mauro Solarte Portilla.

²⁰ Así ha ocurrido en otros casos de reingreso de pensionados en la Rama Judicial, como el que fue objeto de control por la Corte Suprema de Justicia, previamente citado.

²¹ Pensión cuyo reconocimiento continúa cobijado por las normas vigentes y aplicables al momento en que adquirió el status pensional, tal como lo consideró el a quo.

Con fundamento en las consideraciones anteriores, la Sala confirmará la sentencia recurrida, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

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

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia del veinticuatro (24) de febrero de dos mil doce (2012) proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda instaurada por IZIAR ELISA EVELIA SARMIENTO TORRES contra el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones – FONCEP-, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCON

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR REINGRESO **RAMA JUDICIAL**

EXPEDIENTE No. 1601-12

ACTOR: Iziar Elisa Evelia Sarmiento Torres

DEMANDADO: Foncep

ACTO ACUSADO: Resoluciones Nos. 1127 de marzo 23 de 2010 y 1760 de junio 11 de 2010, expedida por el Director General del FONCEP, mediante las cuales se niega la reliquidación pensional de la demandante, por reingreso a un cargo en la Rama Judicial, después e haber tenido reconocida pensión de jubilación.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL (Norte de Santander – Dr. Vargas González):
Accedió parcialmente a las pretensiones.

PROYECTO DE DECISIÓN: (Confirma) –

1. La demandante laboró como docente y en empleos diferentes en la Rama Ejecutiva motivo por el cual se reconoció pensión a su favor a partir del 1º de abril de 1994 y entró a disfrutar la misma una vez se produjo el retiro del servicio.
2. Concurrió para el cargo de Magistrada de Tribunal Administrativo, fue nombrada en el Tribunal de Norte de Santander y se desempeñó allí durante 11 años.
3. Solicitó la reliquidación de su pensión, para que se aplicara: i) el régimen especial de la rama judicial o ii) el régimen bajo el cual adquirió su status pensional, pero teniendo como base el salario devengado en el último año como Magistrada.
4. La administración negó la pretensión, aduciendo que el cargo de Magistrada no está enlistado en los cargos que pueden ser susceptibles de reingreso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 y por lo tanto no procede la reliquidación de su pensión, sino solo la reactivación de la misma, en los términos en que fue concedida y la venía disfrutando antes del reingreso.
5. La Sala precisa que el reingreso de la demandante no se fundó en la norma citada, sino en normas del régimen aplicable a la Rama Judicial, en particular el artículo 11 del Decreto 542 de 1977 que admite el reingreso en la Rama Judicial y la consecuente reliquidación pensional y se precisa que esa es también una excepción para que se produzca el reingreso de un pensionado.
6. Se cita una sentencia de la Corte Suprema de Justicia que mantuvo la legalidad de una elección de magistrado de Tribunal Administrativo, decidida por la Sala Plena de esta Corporación y que recayó en un pensionado.

Proyectó: Deissy Dueñas

Revisó: Martha Yaneth González