

DOCENTE – Reliquidación pensional / DOCENTE CON STATUS DE PENSIONADO – No puede reincorporarse al sector oficial / CARGO DEL SECTOR OFICIAL – No puede ser ejercido por un pensionado retirado del servicio / RELIQUIDACION PENSIONAL – No procede al ser reincorporado una persona pensionada a un cargo del sector oficial

Hecha la distinción de un pensionado retirado que es reincorporado al servicio oficial y la de un funcionario público que disfrutando del *status* de pensionado puede continuar prestando el servicio y tener derecho a reliquidación, para esta Sala no hay duda que la Sra. Ofelia de Fátima Londoño Urrego se encontró en la primera situación, porque para cuando se reincorpora como Directora y Subdirectora Técnica en la Secretaría de Educación de Bogotá en el año 2004, ya se hallaba retirada del servicio y pensionada. Quedó visto que se retiró de la docencia en 1993 -momento para el cual contaba con más de 20 años de servicio- y por medio de la Resolución No. 018960 del 4 de mayo de 2001 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Antioquia ordenó reconocerle y pagarle pensión vitalicia de jubilación efectiva a partir del 16 de julio de 2000, es decir, a partir del día siguiente en que adquirió el *status* por haber cumplido 50 años de edad, como quiera que nació el 15 de julio de 1950. Para esta Colegiatura no tiene discusión, como no lo ha tenido en anteriores casos de similares contornos, que salvo los empleos de excepción de que trata el inciso 2º del artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968 y los de elección popular conforme el artículo 1º del Decreto 583 de 1995, no es ajustado al marco legal que un pensionado ya retirado sea reincorporado a un cargo del sector oficial, ni mucho menos que pretenda reliquidación en los términos del artículo 4º de la Ley 171 de 1961, tal y como lo ha buscado la demandante. Los cargos que desempeñó la accionante en la secretaría de educación del Distrito Capital no se encuentran dentro de los excepcionados en los mencionados decretos, aunado que como lo anotó el *a quo* las funciones que desarrolló con ocasión de su reincorporación al sector oficial no fueron labores docentes, de ahí que estime la Sala que la decisión del Tribunal es acertada al negar las pretensiones de la demanda.

FUENTE FORMAL: LEY 171 DE 1961 – ARTICULO 4 / DECRETO LEY 2400 DE 1968 –ARTICULO 29 INCISO 2 / DECRETO 583 DE 1995 – ARTICULO 1

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

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

Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00614-01(1575-13)

Actor: OFELIA DE FÁTIMA LONDOÑO URREGO

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

NACIONALES

Se decide recurso de apelación interpuesto por la actora contra sentencia del 13 de diciembre de 2012, proferida por la Sección Segunda, Subsección "B" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La actora demandó¹ en acción de nulidad y restablecimiento del derecho contemplada en el artículo 85 del C.C.A., para que se declare la nulidad i) de la Resolución No. 25200 del 23 de diciembre de 2002 por medio de la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Antioquia negó reliquidación pensional y ii) del Oficio No.4509-FPSM el 8 de enero de 2008 por el cual se reitera la negativa inicial.

Consecuencia de la anterior decisión y a título de restablecimiento del derecho solicita: i) declarar que tiene derecho a que la demandada le reliquide su pensión de jubilación por reincorporación al servicio oficial, en cuantía de \$3.805.875, a partir del 5 de marzo de 2007, fecha en que fue desvinculada nuevamente; ii) condenar a la accionada a pagarle las diferencias de las mesadas pensionales, entre los valores que le reconoció y los que le debe reconocer; iii) se indexen las diferencias adeudadas conforme el artículo 178 del C.C.A.; iv) dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 *ibídem*, y v) condenar en costas.

Los hechos soporte de lo pretendido se resumen en los siguientes términos:

La señora Ofelia de Fátima Londoño Urrego laboró como docente al servicio del Departamento de Antioquia entre el 25 de octubre de 1967 y el 20 de abril de 1991, siendo su último cargo el de Directora de la escuela Yermo y Parres en Medellín.

¹ La demanda obra de fls.32-46 cuaderno único. Presentada el 4 de mayo de 2008 (reverso fl.46).

Que luego de haber laborado por más de 20 años fue retirada del servicio oficial y quedó a la espera de cumplir la edad requerida para acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación.

Una vez cumplió los 50 años de edad, por Resolución No.18960 del 4 de mayo de 2001 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció pensión vitalicia de jubilación en cuantía de \$260.100, salario mínimo para la época, efectiva a partir del 16 de julio de 2000.

Señaló que con posterioridad fue reincorporada al servicio oficial en el cargo de Subdirector Técnico de la secretaría de educación de Bogotá D.C., que desempeñó por más de tres años entre el 8 de enero de 2004 y el 5 de marzo de 2007. Tiempo durante el cual efectuó cotizaciones al Seguro Social.

Expuso que el 17 de octubre de 2007 hizo petición al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Regional Antioquia, de reliquidación de su pensión por reincorporación al servicio oficial conforme lo consagrado en el artículo 4º de la Ley 171 de 1961.

Mediante Oficio No. 4509-FPSM el 8 de enero de 2008 el Fondo reiteró el contenido de la Resolución No. 25200 del 23 de diciembre de 2002 y en consecuencia negó lo reclamado.

Estimó que si bien prestó sus últimos servicios en el Distrito Capital, quien debe reliquidar su prestación pensional es la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Antioquia.

Normas violadas y concepto de violación

Como infringidos relaciona los artículos 2, 6, 25 y 58 de la Constitución Política. Ley 6ª de 1945. Artículo 4º de la Ley 171 de 1961. Artículo 17 el Decreto 1611 de 1962. Artículo 4º de la Ley 4ª de 1966 y el artículo 5º del Decreto Reglamentario 1743.

Que con la Ley 91 de 1989 se creó el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, para atender las prestaciones económicas del personal nacional y nacionalizado que se causaron a partir del 29 de diciembre de 1989.

Que existe falsa motivación en los actos cuestionados porque la accionada negó la reliquidación pensional desconociendo lo ordenado en el artículo 4º de la Ley 171 de 1961 que, como norma de carácter general, aplica a todos los empleados del sector oficial -incluido su caso-, *“pues la misma no hace distinción alguna y por ello cualquier persona que sea reintegrada a un cargo oficial, tiene derecho a que su pensión de jubilación se reliquide en los términos que ella misma contempla”*; y que como fue el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio quien la pensionó, corresponde a éste efectuar la reliquidación con el promedio mensual devengado en los últimos tres (3) años, durante los cuales cotizó para pensión al I.S.S., por lo tanto resulta procedente que se corra cuota parte al Instituto para que concurra en el pago de la reliquidación.

Dijo que en nada incide el hecho que las cotizaciones para pensión del tiempo correspondiente a la reincorporación se hayan efectuado a otra entidad diferente a aquella que le reconoció su pensión, porque dichos valores podrán ser cobrados por el Fondo al I.S.S.

Contestación de la demanda.

La parte pasiva no dio respuesta a la demanda (fl.77).

LA SENTENCIA²

El 13 de diciembre de 2012 la Sección Segunda, - Subsección “B” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia negando las súplicas de la demanda.

El Tribunal, luego de transcribir los artículos 4º de la Ley 171 de 1961, 29 del Decreto Ley 2400 de 1968, 78 del Decreto 1848 de 1969 y 1º del Decreto 583 de 1995, y de citar apartes de fallo de la Subsección B de la Sección Segunda de esta Corporación del 16 de octubre de 2008³ y de la sentencia C-331 de 2000 de la Corte Constitucional⁴, señala *“que la reincorporación al servicio de una persona que adquiere el estatus pensional (sic) y le es reconocida su prestación es una situación excepcional que solo procede para ocupar los cargos expresamente*

² Obra a fls.181-187.

³ Expediente 151-07, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

⁴ MP Dr. Antonio Barrera Carbonell. // La trae a colación para ilustrar la diferencia que existe entre la situación de reincorporación de un pensionado al servicio público y la reliquidación de la pensión de un servidor que ostenta el *status* pensional pero continúa laborando.

contemplados en el inciso segundo del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 y los de elección popular establecidos por el Decreto 583 de 1995”.

Y después de resaltar los hechos probados dijo: *“encuentra la Sala que la demandante se vinculó como empleada de la secretaría de educación de Bogotá el 7 de enero de 2004, cuando ya ostentaba la calidad de pensionada toda vez que su pensión de jubilación fue reconocida a partir del 16 de julio de 2000 y conforme a la normativa que se analizó, no tiene derecho a la revisión de su pensión de jubilación en los términos del artículo 4º de la Ley 171 de 1961, dado que el cargo de director técnico 26-04, no es de aquellos contemplados en las excepciones consagradas en la ley, de igual modo, es necesario aclarar que las funciones que ejerció al reincorporarse al servicio oficial no fueron labores docentes”.*

LA APELACIÓN⁵

La demandante presentó y sustentó recurso de apelación para que sea revocada la sentencia del Tribunal y se acceda al *petitum* de la demanda.

Como núcleo del recurso expuso que en su caso sí tiene aplicación lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 171 de 1961, porque para efectos de la reliquidación por reincorporación al servicio oficial *“no se hace necesario que los cargos sean en alguna plaza específica, pues basta con que la reincorporación sea en un cargo oficial.”*

ALEGATOS DE INSTANCIA

Ninguna de las partes presentó alegatos de conclusión.

El Ministerio Público no rindió concepto.

No observándose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

⁵ Fls.189-191.

CUESTIÓN JURÍDICA A RESOLVER

En esta oportunidad corresponde a la Sala establecer si la demandante siendo pensionada por haber prestado sus servicios por más de 20 años como docente al Estado, tiene derecho a reliquidación de su pensión al reincorporarse al servicio público como Director y Subdirector técnico de la Secretaría de educación de Bogotá D.C., conforme lo previsto en el artículo 4º de la Ley 171 de 1961.

Marco Normativo y jurisprudencial de la reliquidación de la pensión por reincorporación al servicio público

En cuanto a la reincorporación a la administración del servidor público la Ley 171 de 1961, "*Por la cual se reforma la Ley 77 de 1959 y se dictan otras disposiciones sobre pensiones*", consagró en su artículo 4º el derecho que tienen los antaño empleados oficiales a la reliquidación de su pensión de jubilación cuando regresen al servicio público a ocupar un cargo oficial durante un mínimo de tres años, así:

"ARTICULO 4o. 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.

La misma regla se aplicará al jubilado por una empresa particular, que haya sido o sea reincorporado por esta a su servicio o al de sus filiales y subsidiarias por el mínimo de tiempo indicado.

PARAGRAFO. Cuando la reincorporación del pensionado por tres (3) años o más y su nuevo retiro hayan ocurrido con anterioridad a la vigencia de la presente ley, la pensión revisada solo se causará a partir de dicha vigencia".

Esta disposición fue objeto de demanda de inconstitucionalidad parcial y en sentencia C-331 de 2000 la Corte Constitucional -con ponencia del Dr. Antonio Barrera Carbonell-, aclaró que tal disposición se encuentra vigente, por las siguientes razones:

"(...) la norma en comento regula la situación excepcional de la persona que se ha pensionado y reingresa al servicio público, a ocupar algunos de los cargos relacionados en el art. 29 del decreto, o cargos de elección popular, según el art. 1 del decreto 583 de 1995, dictado en desarrollo de la ley 4 de 1992. Dichos cargos corresponden a los de Presidente de la República, ministros del despacho, jefe departamento administrativo, superintendente, viceministro, secretario general de ministerio o departamento administrativo, presidente, gerente o

director de establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del estado, miembros de misiones diplomáticas no comprendidas en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los anteriores funcionarios.

El art. 289 de la ley 100/93 'deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el art. 2 de la ley 4 de 1966, el art. 5 de la ley 33 de 1985, el parágrafo del artículo 7 de la ley 71 de 1988, los arts. 260, 268, 269, 270, 271 y 272 del Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen'.

Como se infiere de su contenido dicha norma no derogó expresamente el art. 4 de la ley 171 de 1961. Tampoco la ley 100/93 derogó tácitamente esta disposición, porque los mandatos allí contenidos no resultan incompatibles con ella, dado que lo relativo a la reincorporación del pensionado al servicio público y al derecho a la revisión de la pensión no fue objeto de regulación en aquélla.

Es más, el nuevo régimen de pensiones en nada se opone a las previsiones legales que regulan dicha reincorporación y el aludido derecho, en razón de que la reincorporación al servicio de un pensionado, aun cuando de alguna manera atañe a la cuestión relativa a la seguridad social, tiene una incidencia directa en lo que concierne a la función pública, en cuanto a la posibilidad de un nuevo acceso al servicio público de quienes antes estuvieron incorporados a éste y se retiraron para gozar de una pensión. De ahí, seguramente la razón por la cual la ley 100/93 omitió referirse a la mencionada situación”.

Como otro componente para resolver la cuestión jurídica planteada, es indispensable hacer claridad sobre la filosofía inmersa en el artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968 -particularmente lo dispuesto en su inciso 2º-, cuyo tenor literal reza:

“ARTÍCULO 29º.- Modificado. Decr. 3074 de 1968. art. 1º.- El empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, cesará definitivamente en sus funciones y será retirado del servicio, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que reúna las condiciones. No obstante, el Gobierno podrá establecer excepciones para el retiro, cuando las necesidades del servicio lo exijan.

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 que el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años”. (Resaltado ajeno al texto citado).

En su inciso 2º establece una prohibición consistente en que la persona retirada del servicio público con derecho a pensión no puede ser reincorporada al mismo, salvo las excepciones expresamente contempladas allí. Tales excepciones

operan para ocupar altas posiciones o cargos que conllevan aspectos de representatividad o dirección de políticas de la administración pública, cuando las necesidades del servicio lo exijan.⁶

El aludido inciso segundo fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-124 de 1996, *“por considerar que dicho precepto desarrolla el mandato superior que habilita al Legislador para regular las normas relacionadas con el ingreso y retiro del servicio, y adicionalmente, establece situaciones excepcionales que permiten a los pensionados por jubilación desempeñar los empleos señalados en la misma disposición, los cuales por su naturaleza y delicada función, demandan un alto grado de confianza, experiencia y conocimiento para la verdadera y real eficacia de la función pública dentro del adecuado cumplimiento de los fines del Estado”*⁷.

Esta regla, conforme la cual las personas pensionadas no podrán reincorporarse al servicio oficial salvo para cargos exceptuados, fue reiterada en el artículo 78 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, que en su tenor literal dice:

Artículo 78º.- Prohibición al jubilado de reintegrarse al servicio oficial. Regla general y excepciones. La persona retirada con derecho y goce de pensión de jubilación, no podrá reintegrarse al servicio oficial, en entidades de derecho público, establecimientos públicos, empresas oficiales y sociedades de economía mixta, conforme a la prohibición establecida en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, subrogado por el Decreto 3074 del mismo año citado.

Parágrafo.- Lo dispuesto en los artículos anteriores no comprende a las personas que vayan a ocupar cualquiera de los siguientes empleos: Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Vice-Ministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente, Director de establecimientos públicos o de empresas industriales y comerciales del Estado, miembro de misión diplomática no comprendido en la respectiva carrera y secretario privado de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo y los demás empleos que el gobierno nacional señale, conforme a la facultad que al efecto le confiere el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, citado antes”.

Por su parte el Decreto 583 de 1995⁸ conservó en su artículo 1º la regla anterior y adicionó al grupo de cargos exceptuados para el reintegro de pensionados los

⁶ Sobre el tema se puede consultar sentencia de la Sección Segunda Subsección B de esta Corporación, del 2 de diciembre de 2010, radicado interno 0245-10, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Demandante: Enrique Vargas Ramírez. Demandado: I.S.S.

⁷ Sentencia de la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2011, radicado interno 0148-2009, CP Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Demandante: Rosa Irene Peña García. Demandado: Caprecom.

⁸ *“Por el cual se dictan disposiciones en materia prestacional del sector oficial.”*

cargos de elección popular, en los siguientes términos:

“ARTICULO 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, percibirá 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.”*

Este artículo fue demandado en acción de simple nulidad, y negada la pretensión por la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado a través de sentencia 30 de junio de 2011, expediente 2701-04, MP Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, y allí, entre otras cosas, se expuso:

“En concordancia con lo dispuesto en el artículo 128 de la Constitución Política, la Ley 4ª de 1992 consagró algunas excepciones a la prohibición de recibir más de una asignación proveniente del tesoro público y sobre el punto el artículo 19 de la Ley citada dispuso:

“... 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:

“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 benefician 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.*

La Sala comparte la apreciación del Departamento Administrativo de la Función Pública, que recoge en su concepto el Agente del Ministerio Público, en cuanto considera que la norma demandada no es aplicable a los jubilados particulares.

(...)

resulta que cuando el artículo 1º del Decreto N° 583 de 1995 habla de las

personas que se encuentren gozando de pensión de jubilación o de vejez, se refiere a quienes prestaron sus servicios en el sector público y para que se estructure la prohibición contenida en el artículo 128 de la Constitución Política es necesario que concurren dos requisitos a saber: **i)** que quien desempeña el cargo o cargos ostente la condición de servidor público y **ii)** que el pago o pagos respectivos provengan de tesoro público.

Pues bien, si al dejar su condición de funcionario activo, la persona pensionada también se despoja de su calidad de servidor público, ello significa que está en libertad de reincorporarse al servicio público en los cargos y condiciones autorizados en la ley y no incurre en la prohibición constitucional (art. 128 C.N.) y legal (art 19 L. 4ª de 1992), que se analiza, pues el pensionado reintegrado bien puede recibir la asignación correspondiente al cargo que ejerce, pero si ésta es menor que su mesada pensional, percibe además la diferencia entre aquélla y ésta hasta alcanzar el monto correspondiente a la pensión, como manifiesta el Agente del Ministerio Público, antes que infringir se da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política.”

Finalmente, para ilustrar la diferencia existente entre la figura de la reincorporación de un pensionado al servicio oficial y la reliquidación de un servidor público que gozando del *status* de pensionado puede continuar laborando, es pertinente transliterar lo dicho al respecto por la Corte Constitucional en la sentencia C- 331 de 2000 ya aludida, donde precisó:

“Por su parte, el art. 150 de la ley 100/93 establece:

‘Reliquidación del monto de la pensión para funcionarios y empleados públicos. Los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación y que no se hayan retirado del cargo, tendrán derecho a que se les reliquide el ingreso base para calcular la pensión, incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución”.

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

(...)

2.4. La Corte considera que la situación fáctica y jurídica regulada en el art. 4 de la ley 171/61 y en el art. 150 de la ley 100/93 no es la misma, por las siguientes razones:

a) La primera de las normas citadas, como ya se advirtió, alude a un aspecto de la función pública como es la reincorporación excepcional al servicio del servidor público a quien se le ha otorgado una pensión, aunque ésta circunstancia genere derecho a la revisión de la pensión.

b) La segunda de dichas normas se refiere primordialmente a la permanencia en el servicio público de quien ha obtenido el derecho a la pensión, por no estar obligado a retirarse de éste.

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.

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.” (Salvo el título del artículo 150 lo resaltado y subrayas son ajenos al texto original).

Hechos probados

- La Sra. Ofelia de Fátima nació el 15 de julio de 1950 (fl.23).
- De la historia laboral de la actora expedida por la Secretaría de Recurso Humano del Departamento de Antioquia, se obtiene que prestó sus servicios de docente desde el 25 de octubre de 1967⁹ hasta el 5 de agosto de 1993¹⁰ (fl.14).
- Mediante la Resolución No. 018960 del 4 de mayo de 2001 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Antioquia le reconoció a la demandante pensión vitalicia de jubilación (fls.26-27)

Del contenido de este acto se extrae que: i) laboró por más de 20 años como docente nacionalizada; ii) adquirió el *status* de jubilada el 15 de julio de 2000, fecha en que se hallaba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por ello la prestación pensional se hizo efectiva a partir del 16 de julio de ese año en una cuantía de \$260.100; iii) conforme el parágrafo 3º del artículo primero de la citada resolución “[e]l disfrute de esta prestación económica es incompatible con el desempeño de cargos públicos, salvo las excepciones consagradas en la ley”.

⁹ Nombrada por Decreto 604 del 20-10-67.

¹⁰ Desvinculada por Decreto 3022 del 05-08-93.

- La Sra. Ofelia de Fátima Londoño Urrego laboró como Director Técnico 26-4¹¹ y Subdirector Técnico 88-03, cargos de libre nombramiento y remoción, en la secretaría de educación de Bogotá D.C., entre el 8 de enero de 2004 y el 5 de marzo de 2007 (fls.68-69).

Durante el tiempo que estuvo en la secretaría de educación de Bogotá D.C., los aportes fueron realizados al I.S.S., (fl.8).

- El 17 de octubre de 2007 la accionante presentó petición al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Antioquia, de reliquidación de su pensión por reincorporación al servicio oficial, amparada en la Ley 171 de 1961 (fls.4-7).

- La anterior petición fue contestada negativamente por la Secretaría de Educación de Antioquia -Oficina de Prestaciones Sociales del Magisterio -, mediante oficio del 8 de enero de 2008, objeto de censura, en el cual se le reitera *“el contenido de la resolución 25200 del 23 de diciembre de 2002 por medio de la cual no se accedió a una reliquidación pensional,…”* (fl.25).

- Por medio de la Resolución No. 025200 del 23 de diciembre de 2002, también objeto de la presente demanda, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Antioquia había negado solicitud de reliquidación que hizo la actora alegando haber laborado como Asesor V dentro de la Unidad de Trabajo Legislativo de un senador del 23 de marzo de 2000 al 14 de marzo de 2002 (fls.29-31).

Con sustento en el marco jurídico y jurisprudencial mencionado, y los aspectos probados, procede la Sala a decidir el caso.

El caso concreto y su decisión

Hecha la distinción de un pensionado retirado que es reincorporado al servicio oficial y la de un funcionario público que disfrutando del *status* de pensionado puede continuar prestando el servicio y tener derecho a reliquidación, para esta Sala no hay duda que la Sra. Ofelia de Fátima Londoño Urrego se encontró en la primera situación, porque para cuando se reincorpora como Directora y

¹¹ Nombrada como Director Técnico 26-4 por Resolución No. 11 de 7 de enero de 2004 y se le aceptó renuncia a este cargo mediante Resolución No. 724 de 7 de marzo de 2005. Nombrada como Subdirector Técnico 88-03 por medio de la Resolución No. 727 del 7 de marzo de 2005 y a través de la Resolución No. 850 del 28 de febrero de 2007 se le aceptó renuncia a partir del 5 de marzo de 2007 (fls.68-69).

Subdirectora Técnica en la Secretaría de Educación de Bogotá en el año 2004, ya se hallaba retirada del servicio y pensionada.

Quedó visto que se retiró de la docencia en 1993 -momento para el cual contaba con más de 20 años de servicio- y por medio de la Resolución No. 018960 del 4 de mayo de 2001 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Antioquia ordenó reconocerle y pagarle pensión vitalicia de jubilación efectiva a partir del 16 de julio de 2000, es decir, a partir del día siguiente en que adquirió el *status* por haber cumplido 50 años de edad, como quiera que nació el 15 de julio de 1950.

Para esta Colegiatura no tiene discusión, como no lo ha tenido en anteriores casos de similares contornos, que salvo los empleos de excepción de que trata el inciso 2º del artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968 y los de elección popular conforme el artículo 1º del Decreto 583 de 1995, no es ajustado al marco legal que un pensionado ya retirado sea reincorporado a un cargo del sector oficial, ni mucho menos que pretenda reliquidación en los términos del artículo 4º de la Ley 171 de 1961, tal y como lo ha buscado la demandante.

Los cargos que desempeñó la accionante en la secretaría de educación del Distrito Capital no se encuentran dentro de los excepcionados en los mencionados decretos, aunado que como lo anotó el *a quo* las funciones que desarrolló con ocasión de su reincorporación al sector oficial no fueron labores docentes, de ahí que estime la Sala que la decisión del Tribunal es acertada al negar las pretensiones de la demanda.

De otra parte observa la Sala -aunque ello no es el epicentro del presente debate-, que para poder haber desempeñado estos cargos en la mencionada secretaría entre el año 2004 y 2007 y no incurrir en la prohibición constitucional del artículo 128, conforme la cual nadie puede recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, la demandante debió haber solicitado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suspender el pago de las mesadas pensionales, y de ello no existe prueba.

Resultado de lo expuesto se impone confirmar la sentencia del Tribunal.

Decisión

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

CONFIRMAR la sentencia del 13 de diciembre de 2012 de la Sección Segunda, - Subsección "B" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia, conforme lo expuesto en la parte motiva.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

USTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO