

CAUSA PETENDI – Principio de prevalencia del derecho sustancial

Con las imprecisiones observadas, en principio, no sería posible determinar si la pretensión del accionante está dirigida a que se anule en su integridad, o parcialmente, el artículo 1° del Decreto N° 583 de 1995, pero en aras de hacer prevalecer el derecho sustancial frente al instrumental (art. 228 C.N.) y bajo la orientación del mandato consistente en que la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial es el objeto de los procedimientos (art. 4 C. P.C.), e interpretando como un todo la demanda presentada por el señor Diego Ernesto Villamizar Cajiao, la Sala concluye que su intención fue demandar la nulidad del artículo 1° del Decreto N° 583 de 1995 en su totalidad y bajo ese tópico se realizará el análisis de la norma demandada frente a las que fueron citadas como infringidas en la demanda.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 228 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 4

DOBLE ASIGNACION DEL TESORO PUBLICO – Prohibición. No aplica a pensionados del sector privado por cuanto los aportes no provienen del erario público / REINTEGRO AL SERVICIO PUBLICO DE PENSIONADOS-Regulación legal. No Aplicación pensionados del sector privado / PENSIONADOS DEL SECTOR PRIVADO – Vinculación al servicio público. Pueden recibir salario y pensión

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. En efecto, dichos jubilados, siendo trabajadores activos, estuvieron sometidos al régimen privado (C.S.T.), en consecuencia, su pensión proviene de aportes de la empresa privada y no del tesoro público, condición está última que contempla el artículo 128 de la Constitución Política, para que se configure la prohibición que consagra; frente a esta situación, al referirse a sus destinatarios, el precepto demandado menciona a quienes reciben pensión de jubilación o de vejez y se reintegren al servicio en uno de los empleos señalados en el artículo 29 del Decreto N° 2400 de 1968, los cuales, evidentemente, pertenecen a las Entidades de la Rama Ejecutiva del poder público. Se tiene entonces, que si las personas pensionadas con aportes de empresas del sector privado no estuvieron vinculadas al servicio público, incluidas las Entidades señaladas en el artículo 29 del Decreto N° 2400 de 1968, no podrían ser reintegradas al servicio en uno de los empleos señalados en la norma citada, o vincularse en uno de elección popular, porque no puede hablarse de reintegro de quienes nunca integraron o fueron parte del servicio público, en conclusión, la norma está reservada a quienes se pensionaron en el servicio público. Se concluye entonces, que no le asiste la razón al demandante cuando sostiene que el artículo 1° del Decreto N° 583 de 1995 infringe el artículo 128 Superior transcrito, porque, a su juicio, desconoce el derecho de quienes han trabajado para adquirir una pensión que proviene de dineros diferentes a los del tesoro público, pues, en contra de su afirmación, quienes perciben pensión por aportes de Entidades privadas, pueden vincularse laboralmente con el Estado y recibir tanto el salario correspondiente al empleo como la pensión respectiva, vale decir que no es cierto lo que sostiene el actor, en el sentido de que dichos pensionados son privados de su derecho por el solo hecho de laborar en cargos públicos.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 128 / DECRETO 2400 DE 1968 – ARTICULO 29 / DECRETO 583 DE 1995 – ARTICULO 1

NORMA DEMANDA : DECRETO 583 DE 1995 – (4 de abril) GOBIERNO NACIONAL - ARTICULO 1 (No nulo)

REINCORPORACION AL SERVICIO DE PENSIONADO DEL SECTOR EMPLEADO – Percibe la asignación del cargo junto con la diferencia hasta alcanzar el monto pensional. No vulneración de la prohibición de recibir doble asignación del tesoro público

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 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.

FUENTE FORMAL: DECRETO 583 DE 1995 – ARTICULO 1 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 128 / LEY 4 DE 1992 – ARTICULO 19 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 48



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil once (2011)

Radicación número: 11001-03-25-000-2004-00145-01(2701-04)

Actor: DIEGO ERNESTO VILLAMIZAR CAJIAO

Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA

AUTORIDADES NACIONALES

Cumplido el trámite previsto en los artículos 207 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, procede la Sala a dictar sentencia en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS

Invocando el numeral primero del artículo 242 de la Constitución Política y actuando en nombre propio, el abogado Diego Ernesto Villamizar Cajiao, instauró acción pública de inconstitucionalidad para que se anule o “se declare parcialmente inconstitucional el artículo 1 del decreto 583 de 1995”.

Fundamenta su pretensión así:

2. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El actor considera que el precepto demandado es violatorio de las siguientes normas, cuyo concepto de violación se resume así:

2.1.1. Artículos 43, 50 (sic, léase 48 y 53), 150, numeral 19, literales e) y f), de la Constitución Política y 2º, literal a) y 19 de la Ley 4ª de 1992.

Las normas constitucionales precitadas parten de la diferencia que existe entre las pensiones de jubilación y de vejez; la pensión surgió como una obligación del empleador hasta que se crearon el Instituto de Seguros Sociales y las Entidades administradoras de los recursos que a ellas corresponden, siendo de su cargo la verificación del cumplimiento de los requisitos para adquirir el derecho a la pensión, el recaudo de fondos y la realización de los pagos correspondientes.

A pesar del desprendimiento de esa obligación por parte del Estado, la ley permite que en casos excepcionales el empleador (Entidades del Estado) se encargue del pago de las mesadas pensionales, a esa pensión se denomina de jubilación y su pago se realiza con dineros del tesoro público.

De Acuerdo con la Ley 100 de 1993, los dineros recaudados por concepto de las cotizaciones que hacen el empleador y el trabajador al Instituto de Seguridad Social o a los Fondos de Pensiones, son aportes parafiscales y no recursos del tesoro público; adicionalmente el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 establece: “*los recursos del sistema general de pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran ...*”; lo cual significa que no pertenecen al Instituto de Seguro Social, sino que son administrados por éste.

2.1.2. Artículo 128 de la Constitución Política.

Según la norma demandada, en el evento en que una persona esté percibiendo pensión de jubilación y se reintegre al servicio en uno de los empleos señalados en el artículo 29 del Decreto N° 2400 de 1968, o en uno de elección popular, recibiría el salario correspondiente por su cargo público y si fuere éste menor que su pensión recibiría además el excedente hasta completar el valor de su mesada pensional.

Es claro que en el evento referido el trabajador recibiría simultáneamente dos pagos provenientes del tesoro público vulnerando así el artículo 128 de la Constitución Política.

2.1.3. Artículos 43 y 50 de la Constitución Política (sic, léase 48 y 53).

A diferencia de lo que ocurre en el evento de la pensión de jubilación, si una persona está percibiendo una de vejez y se reintegra al servicio en uno de los empleos señalados en el artículo 29 del Decreto N° 2400 de 1968, o en uno de elección popular, podría percibir el salario completo de su cargo más la totalidad de la pensión, sin infringir el artículo 128 de la Constitución Política, porque solo estaría percibiendo una erogación del tesoro público, la de su salario.

Negarle a un trabajador en esas condiciones el derecho a la pensión de vejez, como lo hace la norma acusada, equivale a infringir los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, que consagran el derecho a la pensión, el cual además ha sido definido por la Corte Constitucional como de aplicación inmediata (sentencia N° T-753-00), siempre que se cumplan los requisitos para adquirirlo.

La norma demandada viola el derecho de quienes han trabajado para adquirir una pensión que proviene de dineros diferentes de los del tesoro público y que no deben ser privados del mismo por el solo hecho de laborar en cargos públicos.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido clara al indicar que las pensiones de jubilación y de vejez son compatibles (Sentencia de 27 de enero de 1995. Rad. N° 7109. M. P. Dr. Jorge Iván Palacio), en razón de que la última tiene origen en recursos de carácter privado; el Instituto del Seguro Social y los demás Fondos de Pensiones administran los recursos que reciben por los pagos a que están obligados los trabajadores y empleadores del sector privado, dineros que no provienen del sector público y si una persona cumple requisitos para adquirir

derecho a la pensión de vejez no se le puede negar por vía de un decreto reglamentario.

2.1.3. Literales e) y f) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política.

Las normas citadas señalan que corresponde al Congreso de la República la función de determinar los parámetros bajo los cuales el Gobierno debe fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos; los parámetros que se han dado al ejecutivo para realizar esta función se encuentran establecidos en la Ley 4ª de 18 de mayo de 1992, cuyo artículo 2º, literal a) **aparece infringido** por la norma demandada, al negar la pensión de vejez a una persona que recibe adicionalmente una suma de dinero con cargo al erario público; dicha pensión constituye un derecho adquirido que se convierte en una obligación del administrador del sistema de pensiones de dineros provenientes de recursos privados.

2.1.4. Artículo 19 de la Ley 4ª de 1992.

En cuanto dispone que nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, con las excepciones allí enlistadas, dentro de las cuales no figura ninguna como la prevista en la norma demandada.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. Admisión de la demanda

La demanda fue admitida por auto de 29 de noviembre de 2005 (fls 19-20), en el cual se dispuso su notificación a la parte actora y personalmente al Agente del Ministerio Público y al Director del Departamento Administrativo de la función pública y se solicitaron los antecedentes administrativos del acto acusado.

3.2. Contestación de la demanda: (fls 33-40)

La apoderada del Departamento Administrativo de la Función Pública contestó la demanda y en relación con los hechos de la demanda indicó:

Con base en lo dispuesto en los artículos 128 de la Constitución Política; 19 de la Ley 4ª de 1992; 29, inciso 2º, del Decreto N° 2400 de 1968; 121 de Decreto N° 1950 de 1973; en la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia C-133 de 1993. M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa) y en el Concepto N° 1344 de 10 de mayo de 2001 (Sala de Consulta y Servicio Civil. C. P. Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce), infirió que la prohibición de recibir más de una asignación del tesoro público, contenida en el artículo 128 de la Constitución Política, según el alcance dado a esta disposición superior por las altas Cortes, se predica de toda persona que se encuentre ubicada en el contexto de la función pública, como servidor público. La persona pensionada en el sector público no ostenta esa calidad, razón por la cual no estaría sujeta a esta prohibición.

En relación con los pensionados retirados del sector público, entre ellos los que prestaron servicios en las Entidades de la Rama Ejecutiva, la ley ha establecido restricciones para acceder a cargos públicos, al permitir solo la vinculación de los que se determinan en los Decretos precitados; si una persona es pensionada por el Instituto de los Seguros Sociales con aportes de una empresa privada, la asignación que percibe no puede entenderse como proveniente del erario público y no está impedida para vincularse laboralmente o celebrar contratos con entidades estatales, ni para percibir simultáneamente la asignación del empleo y la pensión, siempre que no haya llegado a la edad de retiro forzoso.

El Decreto N° 583 de 1995 hace referencia a las pensiones obtenidas por servicios prestados a una o más Entidades estatales o del sector público, esto es a la pensión de jubilación definida por la legislación vigente en la época en que así se denominaba para los funcionarios estatales, mientras que en la regulación de la Ley 100 de 1993 no existen pensiones de jubilación por servicios en el sector público sino pensiones de vejez por cotizaciones efectuadas a cualquiera de los dos sectores económicos.

Se insiste en la inaplicabilidad del Decreto precitado para los pensionados por vejez del sector privado, ya que su pensión fue obtenida con recursos del mismo, razón por la cual estas personas pueden recibir el salario sin dejar de percibir su pensión, es decir que no existe incompatibilidad; lo contrario ocurre con los ex servidores públicos que en el momento se encuentran gozando de pensión de

jubilación, vejez, pues por moralidad pública y por disposición constitucional y legal, solo pueden ocupar determinados cargos públicos y recibir la asignación mensual correspondiente y si es inferior a la mesada pensional percibirán adicionalmente la diferencia por concepto de pensión hasta la concurrencia del valor total de esa prestación social, sin que signifique que perciben doble asignación del tesoro público, pues no se puede desmejorar la asignación con respecto de la pensión que recibirían si no estuvieran vinculados.

Manifiesta oponerse a las pretensiones de la demanda, porque el artículo 1° del Decreto N° 583 de 1995 no viola ningún artículo de la Constitución Política.

En relación con el concepto de violación de los artículos 128 y 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política, transcribió parcialmente el Concepto N° 1480 de 8 de mayo de 2003, con Ponencia de la Consejera de Estado, doctora Susana Montes Echeverri y destacó que la incompatibilidad constitucional se presenta cuando ambas asignaciones tienen como fuente el servicio público y son sufragadas por el tesoro público y no se encuentran dentro de los casos expresamente exceptuados por la ley, previa autorización constitucional y que una interpretación contraria de la disposición prohibitiva iría en contravía de la finalidad de la norma, como advirtió la Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida por la Sección Primera de la Sala de Casación Laboral de 27 de enero de 1995.

Concluyó que la norma demandada no viola el artículo 128 de la Constitución Política, en cuanto quien se encuentra gozando de pensión de jubilación o de vejez por haber servido al Estado, ya no tiene calidad de servidor público y no se configura doble asignación del tesoro público.

Finalmente señala que la norma acusada no desconoce la pensión obtenida con recursos privados, pues no se aplica a pensionados del sector privado.

3.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN (fls. 46-47)

La apoderada del Departamento Administrativo de la Función Pública presentó por escrito alegatos de conclusión en los que reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

La parte accionante guardó silencio.

EL CONCEPTO FISCAL

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado solicitó denegar la nulidad del artículo 1° del Decreto N° 583 de 1995 (fls. 48-52 vto.), con los argumentos que se resumen así:

El acto cuestionado hace expresa referencia a los empleados públicos, pues si se tratara de empleados privados no se podría hablar de una reincorporación, toda vez que nunca estuvieron sometidos al servicio oficial; el destino laboral del reincorporado es eminentemente público, en tanto por mandato de la Constitución Política y la ley se aviene, en principio, con los empleos señalados en los artículos 29 del Decreto N° 2400 de 1968 y 123 del Estatuto Superior; no debe interpretarse como lo hace el libelista, que por el hecho de que un cesante particular, jubilado por vejez, pretenda vincularse a los estamentos oficiales incurre en la prohibición de doble asignación.

Por esas mismas razones, la lectura que efectúa el accionante, según la cual, el particular vinculado a la Administración recibe doble asignación por el pago del salario como servidor público y por el excedente para cubrir el potencial faltante de su prima de jubilación, es equivocada, porque nunca antes había estado prestando servicios estatales, razón por la cual su pensión es de régimen privado y solo el salario a cancelarse sería público, más nunca tendrá derecho al saldo a cubrir para compensar, pues no está jubilado por ente público.

Para que proceda la prohibición constitucional plasmada en el artículo 128, deben concurrir dos empleos públicos en una sola persona natural, salvo las excepciones del artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 y como el pensionado no es un servidor público, puede reincorporarse a las actividades del sector estatal sin que el pago compensatorio por menor valor salarial que él prevé, signifique cobrarle dos veces al tesoro público una asignación.

Como no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a dictar sentencia en el proceso de la referencia, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

EL PROBLEMA JURÍDICO

Se trata de establecer si la norma cuya nulidad se demanda en el sub-lite, artículo 1° del Decreto N° 583 de 4 de abril de 1995, infringe las disposiciones citadas en la demanda, cuando un pensionado del sector público se reintegra al servicio estatal en los cargos autorizados por la ley, por cuanto incurre en la prohibición de percibir más de una asignación del tesoro público.

LA NORMA DEMANDADA

Es del siguiente tenor literal:

“DECRETO 583 DE 1995 (abril 4)

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

“El Presidente de la Republica de Colombia, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992 y en especial de lo consagrado en los artículos 1o y 2o de la citada ley.

“DECRETA:

“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, 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 del valor total de la prestación social.*

....”.

LO PROBADO EN EL PROCESO

A folios 25 a 28 obra informe rendido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, en el que da cuenta que la norma demandada tuvo los siguientes antecedentes administrativos:

- a)** Decreto N° 2400 de 1968.

- b)** Sentencia de 17 de diciembre de 1987, con ponencia del Consejero doctor Joaquín Vanín Tello, en la que expresó que la prohibición para el reintegro al servicio activo de pensionados, así como las excepciones contenidas en el artículo 29 del Decreto precitado no eran aplicables al sector territorial.

c) Ley 27 de 1992, en cuanto señaló que las disposiciones contenidas en los Decretos Nos 2400 y 3074 de 1968, así como la Ley 61 de 1987, serían aplicables a los niveles Departamental, Municipal y Distrital.

d) Concepto de 30 de enero de 1995, proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero de Estado, doctor Javier Henao Hidrón, en el que expresó que la Ley 27 de 1992 se refiere a empleados administrativos, bien sean de carrera, de período, o de libre nombramiento y remoción, pero no rigen para los cargos de elección popular; agregó que una vez configuraba la incompatibilidad entre la asignación y la pensión de jubilación, la manera de superarla era renunciando a la mesada pensional con el fin de poder percibir el sueldo mientras permaneciera en el cargo (de alcalde en ese caso).

Finalmente señaló que la consulta del Consejo de Estado fue el principal antecedente para la expedición del Decreto N° 583 de 4 de abril de 1995, pues éste consignó en su artículo 1° la posibilidad de reintegrarse al servicio público, aparte de los empleos señalados en el artículo 29 del Decreto N° 2400 de 1968, a los de elección popular, resaltando que percibirían la asignación correspondiente como sostuvo esta Corporación.

CUESTIÓN PREVIA

Es bien sabido que la demanda constituye el marco de referencia que delimita las decisiones de los Jueces al momento de proferir sus sentencias, en la medida en que tales pronunciamientos deben estar en consonancia con las pretensiones del accionante (y con las excepciones del accionado), vale decir sin excederlas ni restringirlas, por tal razón el escrito que contiene la demanda debe cumplir los requisitos de forma que para el caso de las presentadas ante esta jurisdicción están previstos en los artículos 137 y 138 del Código Contencioso Administrativo, dentro de los cuales el numeral 2° de la primera de las normas citadas señala “*Lo que se demanda*”, que, tratándose de acciones públicas como la que se intentó en el sub-lite, no es otra cosa que la pretensión de nulidad de la norma o parte de la misma respecto de la cual se pide el pronunciamiento anulatorio.

El requisito mencionado, previsto en el artículo 137, numeral 2°, del Código Contencioso Administrativo, consistente en “*Lo que se demanda*”, corresponde a la declaración que se pretende, esto es el petitum, que junto con la relación de hechos, o la causa petendi, permiten a la autoridad judicial emitir un pronunciamiento de mérito o a uno inhibitorio, según sea que se pueda deducir, o no, la pretensión cuya declaración se solicita.

Al revisar la demanda, la Sala encuentra algunas imprecisiones y vaguedades que hacen difícil determinar la pretensión, pues, de una parte, en el capítulo que el accionante intitula “NORMA ACUSADA”, expresa: **“La norma objeto de análisis es el artículo primero del Decreto 583 de 1995, cuyo texto indica textualmente...”** (fl. 2) y a continuación transcribe íntegramente la misma disposición que aparece inserta en el capítulo “LA NORMA DEMANDADA” de esta providencia; en igual sentido y al terminar el capítulo “NORMAS CONSTITUCIONALES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN”, el libelista concluyó: **“Por los anteriores argumentos, el artículo debe ser declarado inconstitucional, por violación de los artículos 43, 50, 128 y numeral 19 del artículo 150 de la Constitución”** (fl. 10) (Subrayas y negrillas fuera del texto).

De otra parte, en el mismo escrito de demanda, inserto en el último de los capítulos referidos, el libelista expresa: **“... La petición de esta demanda consiste en que se declare parcialmente inconstitucional el artículo 1 del decreto 583 de 1995, por violar parcialmente el artículo 128 de la Constitución el cual afirma que ‘... 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, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas...”** (fl. 3). (Subrayas y negrillas fuera del texto).

Con las imprecisiones observadas, en principio, no sería posible determinar si la pretensión del accionante está dirigida a que se anule en su integridad, o parcialmente, el artículo 1° del Decreto N° 583 de 1995, pero en aras de hacer prevalecer el derecho sustancial frente al instrumental (art. 228 C.N.) y bajo la orientación del mandato consistente en que la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial es el objeto de los procedimientos (art. 4 C. P.C.), e interpretando como un todo la demanda presentada por el señor Diego

Ernesto Villamizar Cajiao, la Sala concluye que su intención fue demandar la nulidad del artículo 1° del Decreto N° 583 de 1995 en su totalidad y bajo ese tópico se realizará el análisis de la norma demandada frente a las que fueron citadas como infringidas en la demanda.

ANÁLISIS DE LA SALA

El precepto demandado dispone que quienes se encuentren gozando de pensión de jubilación o de vejez y se reintegren al servicio en uno de los empleos señalados en el artículo 29 del Decreto N° 2400 de 1968, o en uno de elección popular, percibirán la asignación mensual correspondiente y que en el evento de que dicha asignación fuere menor a la mesada pensional, percibirán adicionalmente la diferencia hasta la concurrencia del valor total de la prestación social.

Mediante el citado Decreto N° 2400 de 1968 se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones y el artículo 29 precitado dice:

“... 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 tales 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 comprendidos 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 no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años” (Subrayas y negrillas fuera del texto).

Una de las normas invocadas en la demanda, el artículo 128 de la Constitución Política, reza:

“... 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, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

“Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.

La norma transcrita consagra una prohibición consistente en desempeñar simultáneamente dos o más cargos públicos y recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado; faculta al Legislador para establecer expresamente las excepciones a dicha incompatibilidad y define lo que debe entenderse por tesoro público.

Mediante la Ley 4a de 18 de mayo 1992, el Congreso de la República señaló las normas, objetivos y criterios que debía observar el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros de esa Corporación y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales, a su vez dictó otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales, e) y f), de la Constitución Política, norma que el actor estima desconoció el acto demandado.

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 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.*

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.

En efecto, dichos jubilados, siendo trabajadores activos, estuvieron sometidos al régimen privado (C.S.T.), en consecuencia, su pensión proviene de aportes de la empresa privada y no del tesoro público, condición está última que contempla el artículo 128 de la Constitución Política, para que se configure la prohibición que consagra; frente a esta situación, al referirse a sus destinatarios, el precepto demandado menciona a quienes reciben pensión de jubilación o de vejez y se reintegren al servicio en uno de los empleos señalados en el artículo 29 del Decreto N° 2400 de 1968, los cuales, evidentemente, pertenecen a las Entidades de la Rama Ejecutiva del poder público.

Se tiene entonces, que si las personas pensionadas con aportes de empresas del sector privado no estuvieron vinculadas al servicio público, incluidas las Entidades señaladas en el artículo 29 del Decreto N° 2400 de 1968, no podrían ser reintegradas al servicio en uno de los empleos señalados en la norma citada, o vincularse en uno de elección popular, porque no puede hablarse de reintegro de quienes nunca integraron o fueron parte del servicio público, en conclusión, la norma está reservada a quienes se pensionaron en el servicio público.

Se concluye entonces, que no le asiste la razón al demandante cuando sostiene que el artículo 1° del Decreto N° 583 de 1995 infringe el artículo 128 Superior transcrito, porque, a su juicio, desconoce el derecho de quienes han trabajado para adquirir una pensión que proviene de dineros diferentes a los del tesoro público, pues, en contra de su afirmación, quienes perciben pensión por aportes de Entidades privadas, pueden vincularse laboralmente con el Estado y recibir

tanto el salario correspondiente al empleo como la pensión respectiva, vale decir que no es cierto lo que sostiene el actor, en el sentido de que dichos pensionados son privados de su derecho por el solo hecho de laborar en cargos públicos.

Por las mismas razones no se evidencia infracción de los artículos 150, numeral 19, literales e) y f), de la Constitución Política y 19 de la ley 4ª de 1992.

Sobre el alcance de la expresión doble asignación a que se refieren los artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la Ley 4ª de 1993, se ha pronunciado esta Corporación en los siguientes términos¹:

1. ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 128 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA. - NOCIÓN Y CONTENIDO DE LA EXPRESIÓN TESORO PÚBLICO

“El artículo 128 de la Constitución Política señala la prohibición de percibir doble asignación proveniente del tesoro público, en los siguientes términos:

“... ”

Esta norma constitucional actualmente está desarrollada por el artículo 19 de la ley 4ª de 1992, así:

“... ”

“La ley 734 de 2002, en su artículo 35, numeral 14, también consagra como falta disciplinaria, la violación a la prohibición constitucional del art. 128.

“Teniendo en cuenta la evolución histórica de la disposición constitucional en comento y los pronunciamientos de las Cortes, esta Sala en concepto No. 1344 proferido el 10 de mayo de 2001, refiriéndose a la prohibición de percibir, en forma simultánea, doble asignación proveniente del tesoro público, señaló lo siguiente:

*‘(..) con fundamento en la **indispensable calidad de empleado público, la finalidad de las dos prohibiciones concurre al mismo fin, que no se reciba más de una asignación, bien mediante el desempeño de otro empleo, ora de uno sólo, percibiendo otra clase de remuneraciones propias de los servidores públicos**’.*

*‘El desarrollo jurisprudencial del término “asignación”, puede resumirse así: “con este vocablo genérico se designa en hacienda pública toda cantidad de dinero que se fija y **destina al pago de las prestaciones relacionadas con el servicio***

¹ (Concepto N° 1480 de 8 de mayo de 2003, Consejera Ponente, Dra. Susana Montes de Echeverry)

público oficial", según la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia - sentencia del 11 de diciembre de 1961.

'Por su parte, esta Sala en la Consulta 896 de 1997 sostuvo que "...la prohibición de recibir más de una asignación del tesoro público, **está estrechamente relacionada con el ejercicio de empleos en el sector oficial o con el pago de prestaciones provenientes del ejercicio de estos empleos** (...) las asignaciones mencionadas en dichas normas comprenden los sueldos, prestaciones sociales y toda clase de remuneración que tenga como fundamento un vínculo o relación laboral con entidades del Estado ²; bajo el vocablo asignación queda comprendida toda remuneración que se reciba en forma periódica, mientras se desempeña una función.

(...)

'Ahora bien, la locución "desempeñar más de un empleo público" que trae el artículo 128 no resulta tautológica respecto de la que proscribe "recibir más de una asignación", como podría creerse a primera vista, pues cada una de ellas produce consecuencias jurídicas diferentes: **una, prevenir el ejercicio simultáneo de empleos públicos remunerados, con la consabida acumulación de funciones públicas** y, otra, **impedir que quien ostenta una sola investidura - reciba otra asignación proveniente del tesoro público, distinta del salario.**"

'Se deduce, entonces, que el bien jurídico constitucional tutelado por los artículos 128 de la C.P. y 19 de la ley 4ª de 1992 es la moralidad administrativa³ considerado en el ámbito propio de la función pública y, por tanto, el término asignación debe entenderse referido respecto de quienes desempeñan empleos públicos ⁴.

'De todo lo anterior puede afirmarse que el vocablo "asignación" es un término genérico **que comprende las sumas provenientes del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, percibidas por los servidores públicos** - sin excepción, dado que la expresión "nadie" no excluye a ninguno de ellos -, por concepto de remuneración, consista ésta en salario o prestaciones, honorarios o cualquier otro emolumento o retribución, salvo aquellas exceptuadas de forma expresa por el legislador." (Negrilla fuera de texto).

"Así, es claro, que la prohibición constitucional de percibir doble asignación proveniente del tesoro público está directamente relacionada con el hecho de que ambos emolumentos tengan como fuente u origen el ejercicio de empleos o cargos públicos (dos empleos públicos en forma simultánea o pensión de jubilación - proveniente de entidades de previsión del Estado - y sueldo), cuyo pago o remuneración provenga del tesoro público. Lo anterior, naturalmente, sin perjuicio de las excepciones previstas en la ley.

"...

² En igual sentido Consulta 580/94.

³ Sentencia Sección Primera de la Sala de Casación Laboral C. S .de J., enero 27/95. El aparte pertinente se transcribe más adelante en este concepto.

⁴ Sentencia C-133/93: "...si bien es cierto que en el artículo 128 C.P... se consagra una incompatibilidad, no le es menos que esta se encuentra en íntima relación de conexidad con la remuneración de los servidores estatales...".

“Regresando al tema de análisis en este aparte del estudio, debe decirse, en síntesis, que para que se configure la prohibición constitucional del artículo 128, se requiere de la concurrencia de dos condiciones, a saber:

“Que el sujeto en cuestión ostente la calidad de servidor público (desempeño de un cargo).

“Que las asignaciones sean sufragadas por el tesoro público (se perciba más de una asignación).

“Con todo, debe señalarse que esta Sala, al estudiar el alcance de la prohibición constitucional, también aclaró que ésta no le era aplicable al particular que celebrara contratos con la entidad estatal, así como tampoco cobijaría al beneficiario de una pensión de jubilación (proveniente de servicios al sector público) cuando se encontrara dentro de los casos de excepción que la misma ley ha señalado, para quien se autoriza devengar simultáneamente la pensión y el salario en un cargo público.

“En efecto, la Sala en concepto No. 1344 del 10 de mayo de 2001, expresó:

*‘Sin perjuicio de aceptar que **la pensión de jubilación es una asignación**⁵ en los términos señalados, la incompatibilidad no cobija al beneficiario de la misma, en cuanto la prohibición persigue evitar la acumulación de cargos remunerados en un mismo servidor público - **el pensionado no tiene esta connotación, no tiene relación laboral con el Estado** -, con el consiguiente menoscabo de la moralidad administrativa, el acaparamiento de las posiciones públicas⁶, de los empleos y de su retribución pecuniaria⁷.*

‘...

‘En la actualidad el artículo 19 de la ley 4ª de 1992, autoriza recibir más de una asignación al personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la fuerza pública, cuando se percibe por concepto de sustitución pensional, así como las que a la fecha de entrada en vigencia de la ley, beneficiaran a los servidores oficiales docentes pensionados, reguladas estas últimas en el literal g), respecto del cual la Sala en el Concepto 1305 de 2000, señaló que existe compatibilidad entre el goce de pensión de jubilación y el ejercicio de empleos docentes, al considerar que las normas a que él se remite son “...aquéllas que permiten al docente que disfruta de una pensión recibir otra asignación del tesoro público”. Por vía de ejemplo se menciona que el párrafo del artículo 66 de la ley 136 de 1994, sustituido por el párrafo del artículo 20 de la ley 617 de 2000, establece la compatibilidad de la pensión o sustitución pensional y de las demás excepciones previstas en la ley 4ª, con los honorarios que perciben los concejales.

*‘De ésta forma, **la persona pensionada en el sector público, no ostenta la calidad de servidor público y, por ende, las previsiones contenidas en los***

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia del 11 de diciembre de 1961.

⁶ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 21 de mayo de 1991.

⁷ Informe de la Comisión Especial de Reformas Constitucionales de la Cámara de Representantes para el segundo debate del proyecto de Acto Legislativo Reformatorio de la Constitución de 1936, tomado de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 21 de mayo de 1991.

artículos que **regulan la doble asignación no es posible aplicarlas de forma aislada, sino en conexión con las limitaciones impuestas a quienes están sometidos a las reglas de la función pública y a las excepciones establecidas por el legislador**, de lo cual se sigue **que los pensionados del sector oficial no están impedidos para celebrar contratos con entidades estatales, ni para percibir simultáneamente la asignación de un empleo, en caso de ser reincorporado al servicio, todo conforme a la ley.** “ (Negrilla fuera de texto).

“De esta manera la incompatibilidad constitucional se presenta cuando ambas asignaciones tienen como fuente el servicio público y son sufragadas por el tesoro público y no se encuentren dentro de los casos expresamente exceptuados por la ley previa autorización constitucional; una interpretación contraria de la disposición prohibitiva iría en contravía de la finalidad de la norma, tal y como lo advirtió la Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida por la Sección Primera de la Sala de Casación Laboral, el 27 de enero de 1995:

“...

“Siendo la moralidad pública el bien jurídicamente tutelado con la prohibición constitucional, encuentra que ésta solamente se tipifica cuando las asignaciones provengan de la misma fuente, es decir, del tesoro público.

“En este orden de ideas, el alcance del término “asignación proveniente del tesoro público” no es otro que el ya definido por la Sala en concepto No. 580 de enero 27 de 1994, según el cual:

‘El término asignación proveniente del tesoro público en el sentido previsto en el artículo 128 de la Constitución Nacional, corresponde a toda remuneración, sueldo o prestación, **reconocidos a los empleados públicos o trabajadores del Estado, en razón a una vinculación laboral, bien sea legal o reglamentaria o por contrato de trabajo.** De manera que los funcionarios públicos sólo pueden recibir asignaciones; a su turno los particulares sólo perciben honorarios, cuando prestan algún servicio a las entidades de derecho público porque su relación no es laboral.’. (Negrilla fuera de texto).⁸

“Adicionalmente, la Sala, en esta oportunidad, considera importante agregar a lo ya dicho sobre el particular, que el contenido de la expresión “asignación proveniente del tesoro público” está intrínsecamente vinculada a obligaciones que se deban sufragar con recursos del presupuesto público (nacional, departamental o municipal y sus entidades descentralizadas), por lo cual no se puede afirmar que las pensiones pagadas por el ISS, entidad descentralizada de la rama ejecutiva del poder público, por ese solo hecho, provienen del tesoro público, pues tal instituto administraba en buena medida, recursos provenientes de los empleadores y trabajadores del sector privado y, en la actualidad, administra recursos parafiscales, por lo cual debe concluirse que tales recursos no son ni provienen del tesoro público.

⁸ Sin perjuicio de las excepciones consagradas en la ley, el decreto reglamentario 1848 de 1969 dispuso: Artículo 77.- Incompatibilidades con el goce de la pensión.- El disfrute de la pensión de jubilación es incompatible con la percepción de toda asignación proveniente de entidades de Derecho Público, Establecimientos Públicos, Empresas Oficiales y Sociedades de Economía Mixta, cualquiera sea la denominación que se adopte para el pago de la contraprestación del servicio, salvo lo que para casos especiales establecen las leyes y en particular el Decreto 1713 de 1960 y la ley 1ª de 1963”.

“...

“Así, y luego de analizar este primer aspecto planteado en la consulta, encuentra la Sala que, desde el punto de vista de la prohibición constitucional consagrada en el artículo 128 de la Carta, **no se configura ninguna incompatibilidad entre la recibir sueldo en un cargo público** y pensión de vejez, pues no se trata de dos asignaciones provenientes del tesoro público, pues los recursos con los cuales se pagan estas últimas a cargo del ISS, provienen o de los aportes patronales y de los aportes del trabajador efectuados antes de la vigencia de la ley 100 de 1.993, o son recursos parafiscales aportados después de su vigencia, aunque es el ISS, en calidad de administrador de pensiones o del sector privado o de los afiliados al Sistema General de Pensiones, quien reconoció y se encuentra pagando las mesadas pensionales a que tienen derecho los trabajadores, bien porque en el régimen anterior hubieren cumplido los requisitos de tiempo de cotización y edad al servicio del sector privado, o bien las semanas de cotización en cualquier sector después de la vigencia de la ley 100.

Pero, otra cosa muy diferente es que, como se explica ampliamente más adelante en este concepto, a partir de la vigencia de la ley 100 de 1.993, **se prohibió en el país** y, en términos generales, la vinculación laboral, tanto al sector público como al privado, de quienes tengan derecho a una pensión de vejez, salvo, desde luego, las excepciones establecidas expresamente en la ley respecto de algunos cargos públicos (subrayas y negrillas fuera del texto).

Aplicando al sub-lite el anterior pronunciamiento, que la Sala prohija en esta ocasión, 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 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 aquella 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.

Analizadas las situaciones contenidas en el artículo 1º del Decreto N° 583 de 1995, frente a las disposiciones constitucionales y legales citadas como violadas en el libelo introductorio, la Sala concluye que no se evidencia su infracción por parte de la norma demandada, lo cual y sin que se requiera consideración adicional, constituye razón suficiente para denegar sus pretensiones y así habrá de decidirse.

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,

F A L L A:

Deniégnese las pretensiones de la demanda, encaminada a obtener la inconstitucionalidad del artículo primero (1º) del Decreto 583 de 1995.

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.

La anterior decisión fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Cúmplase.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

GERARDO ARENAS MONSALVE

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA