

**PENSION DE JUBILACION – Reliquidación por reintegro al servicio /
REINTEGRO AL SERVICIO DE PENSIONADO – Prohibición.
Excepciones**

La demandante en la alzada pretende se dé aplicación a lo manifestado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el Concepto No. 786 de 26 de marzo de 1993, según el cual las excepciones a la prohibición de reintegrar personas jubiladas al servicio público perdieron eficacia, porque están derogadas tácitamente las normas que consignaban el impedimento. Para la Sala, tal aspiración resulta improcedente dado que la Corte Constitucional en sentencia C-331 de 22 de marzo de 2000, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell, estableció que la Ley 100 de 1993 no derogó expresamente el artículo 4° de la Ley 171 de 1961, 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. Revisado el acervo probatorio allegado al expediente, la Sala considera claro que la demandante se vinculó como empleada del Departamento de Cundinamarca el 19 de mayo de 1997, cuando ya ostentaba la calidad de pensionada (22 de julio de 1996) y conforme a la normatividad que se analizó, no tiene derecho a la revisión de su pensión de jubilación en los términos del artículo 4° de la Ley 171 de 1961, dado que el cargo de Subdirectora del Departamento Administrativo, Código 076, Grado 02, de la Subdirección de Pensiones y Cesantías, dependencia del Departamento Administrativo de Talento Humano, no es útil para la reliquidación de la pensión por no estar dentro de las excepciones consagradas en la Ley.

FUENTE FORMAL: LEY 171 DE 1961 – ARTICULO 4 / DECRETO 2400 DE 1968 – ARTICULO 29 / DECRETO 1848 DE 1969 – ARTICULO 78

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “B”

Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá, D.C., tres (3) de marzo de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-25-000-2004-03619-01(0148-09)

Actor: ROSA IRENE PEÑA GARCIA

Demandado: CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 13 de marzo de 2008, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, que negó las súplicas de la demanda incoada por Rosa Irene Peña García contra la Caja de Previsión Social de Comunicaciones – CAPRECOM.

LA DEMANDA

Estuvo orientada a obtener la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. 2258 y 2904 de 4 de noviembre de 2002 y 23 de diciembre de 2003, proferidas por la Caja de Previsión Social de Comunicaciones - CAPRECOM, mediante las cuales negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante, teniendo en cuenta los servicios prestados con posterioridad al reconocimiento de la prestación.

A título de restablecimiento, solicitó condenar a la Entidad demandada a reajustar la pensión de jubilación a partir de 1° de febrero de 2001, teniendo en cuenta el promedio de los ingresos salariales y prestacionales de los últimos cuatro (4) años de servicio activo como Subdirectora del Departamento Administrativo de Talento Humano del Departamento de Cundinamarca, en el que estuvo vinculada desde el 19 de mayo de 1997 hasta el 31 de enero de 2001; dando cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

Mediante Resolución No. 1267 de 26 de julio de 1996 CAPRECOM le reconoció a la demandante la pensión de jubilación condicionada al retiro definitivo del servicio.

La actora continuó laborando en el Ministerio de Comunicaciones hasta el 15 de mayo de 1997, fecha a partir de la cual se le aceptó la renuncia.

El 19 de mayo de 1997 la accionante se vinculó al Departamento de Cundinamarca, en el cargo de Subdirectora de Relaciones Laborales, luego como Gerente de Proyectos y finalmente como Subdirectora del Departamento Administrativo de Talento Humano, cargo que ocupó hasta el 31 de enero de 2001.

Mediante Resolución No. 1390 de 31 de agosto de 2000, el Secretario General de CAPRECOM, reliquidó la pensión de jubilación de la actora, efectiva a partir del día siguiente de su desvinculación del Ministerio de Comunicaciones, incluyéndola en nómina en el mes de febrero de 2001.

El 26 de junio de 2001 la actor le solicitó a CAPRECOM, procediera a la reliquidación de la pensión de jubilación tomando en consideración su retiro del Departamento de Cundinamarca.

Por Resolución No. 2081 de 7 de diciembre de 2001, el Secretario General de la Entidad acusada, resolvió no dar trámite a la petición formulada por la accionante, hasta que no cumpla con la edad de 55 años, a que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

El 12 de febrero de 2002 la demandante interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. 2081 de 7 de diciembre de 2001, el cual fue resuelto mediante Resolución No. 1891 de 11 de febrero de 2002, que la confirmó.

Mediante Resolución No. 2258 de 14 de noviembre de 2002, el Secretario General de CAPRECOM, resolvió derogar las Resoluciones Nos. 2081 de 7 de diciembre de 2001 y 1891 de 11 de octubre de 2002 y en su lugar negar la solicitud de reliquidación y reajuste de la pensión de la actora, por los servicios prestados en el Departamento de Cundinamarca con posterioridad al reconocimiento de la pensión de jubilación.

El 17 de diciembre de 2002, la actora presentó recurso de reposición contra la Resolución No 2258, reiterada mediante escrito de 11 de abril de 2003.

Por Resolución No. 2904 de 23 de diciembre de 2003, el Secretario General de la accionada resolvió no revocar la Resolución No. 2258 de 2002.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:

Constitución Política, artículos 1º, 2º, 53 y 209; Ley 171 de 1961, artículo 4º; Decreto Ley 2400 de 1968, artículo 29; Decreto 1848 de 1969, artículo 79; Ley 33 de 1985, artículo 2º; Ley 71 de 1988, artículo 7º; Ley 100 de 1993, artículos 17 y 22; Decretos 692 y 583 de 1994 y 1995; Código Contencioso Administrativo, artículos 2º, 59 y 60. (Fls. 89-114)

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Caja de Previsión Social de Comunicaciones – CAPRECOM por intermedio de apoderado dio contestación a la demanda (Fls. 127-132), oponiéndose a las pretensiones, para lo cual argumentó:

En el presente caso no se discute el reconocimiento y pago de la pensión y unificados los criterios de todas las liquidaciones, sólo se discute la cuota parte posterior que reclama para aumentar el valor, por el término laborado en la Gobernación de Cundinamarca.

La anterior situación no es de recibo y aceptación de CAPRECOM, por cuanto procedió de acuerdo a la relación de tiempo de servicio expedida por el Departamento de Cundinamarca, radicada el 20 de mayo de 2002 a liquidar y consultar la cuota parte correspondiente, que fuera objetada por la Entidad aduciendo que no se le efectuaron descuentos para pensión a ninguna Entidad.

Dicha objeción, es válida por cuanto el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 consagra la obligación de efectuar cotizaciones para pensión durante la relación laboral y cesan cuando se adquieren los requisitos para acceder a la pensión y en éste caso, la demandante ya era pensionada.

Conforme a la norma en cita, se prevé una excepción de que tanto la Entidad como el trabajador voluntariamente y de común acuerdo decidan continuar efectuando sus aportes en los dos regímenes.

Finalmente aduce que el artículo 128 de la Constitución Política, prohíbe desempeñar simultáneamente más de un empleo público, o 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.

LA SENTENCIA

El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia de 13 de marzo de 2008, negó las súplicas de la demanda. (Fls. 388-397)

Hizo una interpretación conjunta de la Ley 171 de 1961 y el Decreto 2400 de 1968, las cuales cita la demandante como vulneradas, haciéndose evidente que no resulta viable aplicar la revisión de su pensión de jubilación a partir de la fecha en que nuevamente es retirada del servicio, toda vez que la revisión de la pensión de jubilación por haber acaecido la reincorporación al servicio, sólo resulta procedente cuando ésta se produce en los cargos referidos en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 o en aquellos expresamente determinados por el Gobierno Nacional por motivos del servicio.

Indicó que en el plenario se encuentra demostrado que la demandante al reincorporarse al servicio en el Departamento de Cundinamarca, se desempeñó como Subdirectora Administrativa, Código 076, Grado 02, de la Subdirección de Pensiones y Cesantías, dependiente del Departamento Administrativo de Talento Humano.

En consecuencia, la demandante no se reincorporó al servicio en ninguno de los cargos referidos en el inciso 2° del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, sin que se evidencie en su nombramiento alguna razón de servicio que amerite la excepción para el correspondiente empleo.

Advierte que las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 no prevén la posibilidad de que pueda efectuarse una nueva revisión o reliquidación de la cuantía de la pensión de jubilación para pensionados que ya se han retirado del servicio, ni que los pensionados pueda vincularse nuevamente como trabajadores, y en forma consecuente como afiliados al Sistema de Seguridad Social, realizando nuevas cotizaciones para elevar el monto de su pensión.

Finalmente se debe tener en cuenta como lo afirma la Entidad demandada en los actos acusados, que la demandante no efectuó ninguna cotización al Departamento de Cundinamarca, razón por la cual no resulta procedente la aceptación de una cuota parte a cargo de esa Entidad.

EL RECURSO

La demandante de folios 409 a 423 interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído, reiterando los argumentos del libelo introductorio y señala:

Durante su permanencia al servicio del Departamento de Cundinamarca no ocupó ninguna de las posiciones a las que se refiere el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, toda vez que se desempeñó como Subdirectora del Departamento Administrativo.

De otra parte la norma referida, hace relación a las personas que se encuentren gozando de pensión de jubilación o vejez y se reintegren al servicio en uno de los empleos de elección popular, no obstante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, emitió el Concepto No. 786 de 26 de marzo de 1996, en que indicó que eran procedentes las solicitudes como la que se discute en el presente caso.

CONCEPTO FISCAL

De folios 453 a 462 el Ministerio Público rindió concepto solicitando confirmar la sentencia impugnada, por considerar que no hay lugar a la reliquidación pensional solicitada por la accionante, por lo siguiente:

El régimen pensional se debe aplicar en forma íntegra, es decir, no se puede pretender aplicar apartes de uno y otro, porque se quebrantaría el principio de inescindibilidad de la norma, que conlleva a una pensión *sui generis* al margen de la normatividad que a cada uno corresponde, razón por la cual no se puede pretender el reconocimiento de una cuota parte bajo el reconocimiento de una prestación con norma especial de la cual no hace parte la Entidad convocada al proceso, como es el Departamento de Cundinamarca, frente al régimen especial de los empleados del sector de las comunicaciones.

De conformidad con la naturaleza del servicio público, de límite temporal, al llegar la persona a la edad de retiro forzoso o por cumplir con los requisitos legales para acceder a la pensión de jubilación, este termina y habrá de producirse el retiro del empleado, sin que, en principio pueda ser reintegrado al servicio, salvo las excepciones previstas en la Ley.

Reconocida la pensión de jubilación a la accionante, con base en lo dispuesto en el Decreto 2661 de 1960, una vez se produce el retiro definitivo, es decir, se le acepta la renuncia por parte del Ministro de Comunicaciones, queda consolidado su status de pensionada, razón por la cual, no es posible su incorporación, con excepción de los cargos señalados en el inciso 2° del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 y/o elección popular, vigentes bajo la Constitución Política de 1991, de conformidad con las sentencias C-124 de 1996 y C-331 de 2000 de la Corte Constitucional.

Pese a su condición de pensionada, la demandante fue reintegrada al servicio público, porque laboró del 19 de mayo de 1997 al 31 de enero de 2001, al servicio del Departamento de Cundinamarca, en calidad de Subdirectora, cargo que no pertenece a los señalados como de excepción, razón por la cual no es posible reliquidar la pensión de jubilación reconocida

con anterioridad y bajo la normatividad de un régimen especial como es el de los funcionarios del sector de las comunicaciones.

Una de las causas legales para la separación definitiva de los funcionarios de la Rama Ejecutiva, es el derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, que para el caso de la accionante se consolidó el 16 de mayo de 1997, fecha a partir de la cual se dio el retiro definitivo del Ministerio de Comunicaciones, razón por la cual, si bien es cierto continuó laborando en forma irregular al servicio del Departamento de Cundinamarca, ello no le da derecho alguno de reliquidación, como si lo tuvo en su momento respecto a los nuevos tiempos laborados entre la fecha en que se le reconoció la pensión hasta la fecha de aceptación de su renuncia.

Finalmente anota que en el sub-lite se tuvo en cuenta la incompatibilidad establecida en el artículo 128 de la Constitución, consistente en que nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni percibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados en la Ley, razón por la cual, la actora sólo fue incluida en nómina de pensionados a partir del mes de febrero de 2001.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado procede la Sala a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si la actora tiene derecho o no a la reliquidación de su pensión de jubilación teniendo en cuenta los salarios percibidos en el cargo de Subdirectora del Departamento Administrativo de Talento Humano del Departamento de Cundinamarca, devengados con posterioridad a la fecha a partir de la cual le fue efectivamente reconocida la pensión de jubilación.

ACTOS ACUSADOS

Resolución No. 2258 de 4 de noviembre de 2002 (Fls. 1-6), por medio del cual el Secretario General de CAPRECOM, revocó de oficio las Resoluciones Nos. 2081 de 7 de diciembre de 2001 y 1891 de 1° de octubre de 2002, por considerar que la demandante no reúne las condiciones que le permitan acceder a la reliquidación de la pensión de jubilación por acreditar nuevos tiempos de servicio después del reconocimiento pensional.

Resolución No. 2904 de 23 de diciembre de 2003 (Fls. 7-8), por medio de la cual el Secretario General de CAPRECOM resolvió no revocar la Resolución 2258 de 4 de noviembre de 2002.

DE LO PROBADO EN EL PROCESO

Mediante Resolución No. 1267 de 22 de julio de 1996, el Director General de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones – CAPRECOM, ordenó el reconocimiento de la pensión de jubilación de la actora en cuantía de \$666.261,89 efectiva a partir de la fecha en que acredite el retiro definitivo del servicio. (Fls. 185-192)

A folio 9 está probado que el Ministro de Comunicaciones mediante Resolución No. 2346 de 5 de mayo de 1997, le aceptó la renuncia a la demandante a partir del día 16 del mismo mes y año.

Por Resolución No. 1390 de 31 de agosto de 2000, el Secretario General de CAPRECOM ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación de la accionante en cuantía de \$1'233.976 efectiva a partir de 16 de mayo de 1997. (Fls. 9-16)

Mediante Resolución No. 1716 de 6 de octubre de 2000, el Secretario General de CAPRECOM, procedió a aclarar la Resolución No. 1390 de 31 de agosto de la misma anualidad, precisando el nombre de la beneficiaria. (Fls. 229-230)

La Subdirectora de Gestión del Departamento Administrativo de Talento Humano del Departamento de Cundinamarca a folio 20 certificó que la demandante laboró en la Entidad desde el 19 de mayo de 1997 hasta el 31 de enero de 2001, que al momento del retiro ocupaba el cargo de Subdirectora del Departamento Administrativo, Código 076, Grado 02, de la Subdirección de Pensiones y Cesantías, dependencia del Departamento Administrativo de Talento Humano.

El 26 de junio de 2001 la demandante solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación, teniendo en cuenta su nueva vinculación al Departamento de Cundinamarca. (Fls. 17-19)

Por Resolución No. 2081 de 7 de diciembre de 2001, el Secretario General de CAPRECOM, resolvió no dar trámite a la petición, *“hasta que la interesada haya cumplido el requisito legal de la edad de cincuenta y cinco (55) años, a que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.”* (Fls. 22-26)

Mediante escrito de 12 de febrero de 2002, la demandante interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. 2081 de 7 de diciembre de 2001, por considerar que le asistía el derecho a que su pensión de jubilación se reliquidara y por tanto solicitó se diera trámite a su petición. (Fls. 27-36)

ANALISIS DE LA SALA

Normatividad Aplicable

Como de las pruebas allegadas al plenario se evidencia que el pago efectivo de la pensión por vejez reconocida a favor de la actora se dio a partir del 1° de febrero de 2001, la Sala estudiará la procedencia de la reliquidación pensional por revinculación, en el siguiente orden:

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

“Al pensionado por servicios a una o más entidades de derecho público, que haya sido o sea reincorporado a cargos oficiales y haya permanecido o permanezca en ellos por tres

(3) años o más, continuos o discontinuos, le será revisada su pensión a partir de la fecha en que quede nuevamente fuera del servicio, con base en el sueldo promedio de los tres últimos años de servicios.

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.”

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

“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.”¹

La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de presidente de la república, ministro del despacho, jefe de departamento administrativo, superintendente, viceministro, secretario general de ministerio o departamento administrativo, presidente, gerente o director de establecimientos públicos o de empresas industriales y comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidas en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años.”²

El inciso segundo del artículo precedente, 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.

¹ Modificado por el Artículo 1°, inciso 3° de la Ley 33 de 1985; Decreto 625 de 1988 y la Ley 71 de 1988.

² Modificado por el Decreto 3074 de 1968 artículo 1°.

Posteriormente el Decreto 1848 de 1969 en su artículo 78, ratificó la prohibición a los pensionados de reintegrarse al servicio oficial y corroboró los cargos exceptuados a la regla general de no reincorporación, en los siguientes términos:

“Regla general y excepciones. La persona retirada con derecho y en 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, Ministros del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente, 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 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.” (Se subraya)

La normatividad en cita evidencia que el empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, cesará definitivamente en sus funciones salvo en los casos excepcionales en los que se permite el reintegro al servicio.

La Sección Segunda de esta Corporación en sentencia de 16 de octubre de 2008, expediente 151-07, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, al respecto indicó: *“(...) que dicha disposición sigue reconociendo la prohibición de reintegro de los pensionados al servicio oficial, en la medida en que hace referencia a los empleos de excepción de que trata el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 para poder reintegrarse, situación que permite concluir que la reincorporación es una situación administrativa excepcional de los pensionados para ocupar empleos de la misma naturaleza especial, pues tanto el Legislador como el Ejecutivo han querido en términos generales que las personas que tengan amparada la contingencia de vejez y, por ende, gocen de una pensión de jubilación, se dediquen a las actividades que han dejado de realizar en su vida por haber dedicado gran parte de su tiempo al servicio del Estado. (...)*²³

El Decreto 583 de 1995, “**por el cual se dictan disposiciones en materia prestacional del sector oficial**”, mantuvo la regla anterior agregando como

excepción para el reintegro de pensionados los cargos de elección popular, con el siguiente tenor literal:

“ARTICULO 1°. Las personas que se encuentren gozando de pensión de jubilación o vejez y **se reintegren al servicio en uno de los empleos señalados en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968** o en uno de elección popular, 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.”

El artículo precedente debe interpretarse en conjunto con la disposición contenida en el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, según el cual:

“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.”

En relación con el tema de 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, la Corte Constitucional, en sentencia C-331 de 22 de marzo de 2000, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell, sostuvo lo siguiente:

“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

³ En igual sentido pueden consultarse la sentencia de 10 de julio de 2010, expediente 1921-07, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez

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.”

Las anteriores consideraciones permiten concluir que la reincorporación al servicio de una persona que adquiere el status pensional y le es reconocida su prestación es una situación excepcional que sólo procede para ocupar los cargos expresamente contemplados en el inciso segundo del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 y los de elección popular establecidos por el Decreto 583 de 1995.⁴

Caso Concreto

La demandante en la alzada pretende se dé aplicación a lo manifestado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el Concepto No. 786 de 26 de marzo de 1993, según el cual las excepciones a la prohibición de reintegrar personas jubiladas al servicio público perdieron eficacia, porque están derogadas tácitamente las normas que consignaban el impedimento.

Para la Sala, tal aspiración resulta improcedente dado que la Corte Constitucional en sentencia C-331 de 22 de marzo de 2000, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell, estableció que la Ley 100 de 1993 no derogó expresamente el artículo 4º de la Ley 171 de de 1961, 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 aquella y a renglón seguido indicó:

⁴ La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencias de 31 de julio de 1996, expediente 11108, M.P. Dr. Carlos Orjuela Góngora y, de 18 de abril de 2002, expediente 1608-01, M.P. Dr. Alberto Arango Mantilla, analizaron casos similares en los que se aceptó que la reincorporación al servicio de un pensionado es excepcional y por tal razón sólo procede para ocupar los cargos especialmente señalados en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, ya que allí se establece la prohibición general de reincorporación.

“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. (...)”

En el presenta caso, la CAPRECOM, le reconoció a la demandante la pensión de jubilación una vez cumplió 25 años de servicio sin consideración a la edad, de conformidad con los artículos 9° y 10° del Decreto 2661 de 1960,5 en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que a la entrada en vigencia (1° de abril de 1994), había cumplido más de 35 años de edad y trabajado más de 15 años, porque nació el 3 de enero de 1950 (Fls. 159) y estuvo afiliada a CAPRECOM desde el 21 de abril de 1970 (Fls. 20-21),, es decir, que se le debían aplicar en materia pensional las disposiciones especiales que rigen esta prestación social para los funcionarios del sector de las telecomunicaciones.

Revisado el acervo probatorio allegado al expediente, la Sala considera claro que la demandante se vinculó como empleada del Departamento de Cundinamarca el 19 de mayo de 1997, cuando ya ostentaba la calidad de pensionada (22 de julio de 1996) y conforme a la normatividad que se analizó, no tiene derecho a la revisión de su pensión de jubilación en los términos del artículo 4° de la Ley 171 de 1961, dado que el cargo de Subdirectora del Departamento Administrativo, Código 076, Grado 02, de la Subdirección de Pensiones y Cesantías, dependencia del Departamento Administrativo de Talento Humano, no es útil para la reliquidación de la pensión por no estar dentro de las excepciones consagradas en la Ley.

Conforme a lo anotado, no se incorporó en ninguno de los cargos referidos en el inciso 2° del artículo 29 de la Ley 2400 de 1968, es decir, que los

⁵ Decreto 2661 de 1960, por el cual se dictan los estatutos de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, en armonía con el Decreto 625 de 1988, previó las siguientes modalidades pensionales: “Que el servidor público que en servicio activo haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad, después de veinte años de servicios continuos o discontinuos.

Que el servidor público haya servido veinticinco (25) años, sin consideración a la edad.

Parágrafo: Para el reconocimiento del régimen especial del sector de las comunicaciones aplicable por efecto del régimen de transición, es acumulable el tiempo de servicio a diversas entidades del sector público.”

nuevos tiempos de servicio que pretendió acreditar la actora, ante la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, por el ejercicio de actividades realizadas con posterioridad a la fecha de retiro del servicio por haberse pensionado, no supe los supuestos necesarios para acceder a la reliquidación pensional.

Por las razones expuestas, el proveído impugnado que negó las pretensiones de la demanda amerita ser confirmado.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 13 de marzo de 2008, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, que **NEGÓ** las súplicas de la demanda incoada por Rosa Irene Peña García contra la Caja Nacional de Previsión Social de Comunicaciones - CAPRECOM, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

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

**BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ
MONSALVE**

GERARDO ARENAS

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

