TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, catorce (14) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	**70-001-33-33-007-2014-00054-01**
DEMANDANTE:	**NELLY DEL CARMEN TABOADA DE MORRIS**
DEMANDADO:	**UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - "UGPP"**
MEDIO DE CONTROL:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Procede la Sala, a dictar sentencia de primera instancia, dentro del proceso instaurado en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, iniciado por la señora **NELLY DEL CARMEN TABOADA DE MORRIS** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP -.**

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones[1]:

La señora **NELLY DEL CARMEN TABOADA DE MORRIS,** mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP",** con el fin que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. RDP 000968 de enero 15 de 2014, por medio de la cual se niega la reliquidación de la pensión de jubilación post mortem (sic); RDP

[1] Folios 1 – 2.

004540 de febrero 11 de 2014, por la cual se resuelve un recurso de reposición y RDP 004929 de febrero 13 de 2014, por la cual se resuelve un recurso de apelación.

A título de restablecimiento del derecho, pide la actora que se ordene a la entidad demandada, le reconozca y pague la reliquidación de la pensión de jubilación post mortem (sic), con su correspondiente retroactivo pensional, desde la causación del derecho hasta que se verifique su inclusión en nómina o en su defecto, se ordene a la UGPP reintegrar las sumas pagadas debidamente indexadas por concepto de aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, por el periodo comprendido del 1º de enero a 31 de diciembre de 1997.

1.2.- Hechos[2]:

El señor Julio César Morris Vivero, fue pensionado mediante Resolución No. 5327 de marzo 8 de 1993, expedida por la extinta CAJANAL E.I.C.E.

Posteriormente, el señor Morris Vivero se desempeñó como Diputado en la Asamblea del Departamento de Sucre, en el periodo comprendido entre el 1º de enero al 31 de diciembre de 1997. Durante este periodo suspendió devengar la mesada pensional y percibió las remuneraciones salariales y factores salariales, devengados como Diputado, los cuales fueron cotizados en materia pensional ante CAJANAL E.I.C.E.

El señor Morris Vivero, falleció el 27 de febrero de 2005, por lo que mediante Resolución No. 8839 de febrero 27 de 2006, se le reconoció pensión de sobreviviente a la señora Nelly del Carmen Taboada de Morris, en el 100% de la pensión devengada por el causante.

Manifestó la parte actora, que el señor Morris Vivero adquirió los derechos pensionales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que se encontraba amparado por el régimen de transición previsto en la

[2] Folios 2 - 4.

citada ley, por ende, tenía derecho a que se le reliquidara la pensión de jubilación post mortem (sic), teniendo en cuenta los salarios y factores devengados por su cónyuge fallecido, durante los últimos doce meses de servicio al Estado; en este caso, del periodo comprendido del 1° de enero al 31 de diciembre de 1997, en virtud de la aplicación de las leyes 33 y 62 de 1985 y del principio de inescindibilidad.

Señaló la actora, que el 10 de enero de 2014, radicó ante la UGPP solicitud de reliquidación de pensión de jubilación post mortem (sic), siendo resuelta negativamente mediante Resolución No. RDP 000968 de enero 15 de 2014.

Dentro del término legal, la demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la anterior decisión, no obstante fue confirmada a través de las Resoluciones Nos. RDP 004540 de febrero 11 de 2014 y RDP 004929 de febrero 13 de 2014.

Aduce como normas vulneradas los artículos 29, 53, 93 inciso 3º de la Constitución Política; Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985; artículos 33, 34 y 36 de la Ley 100 de 1993; Decretos 1042 y 4045 de 1978 (art. 4, 5, 45); Decreto 1848 de 1989 (art. 45); jurisprudencia del Consejo de Estado (4526-01 de 13 de marzo de 2003), 4971 de febrero 6 de 2003.

En el marco de violación, cita que el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante Consulta 695 de junio 14 de 1995, definió el concepto de servidores públicos en concordancia con el artículo 123 de la C. P., destacando que los miembros de las Corporaciones Públicas son servidores públicos de características especiales por su investidura de origen popular y que de ahí que, sobre esos fundamentos conceptuales la nueva Constitución Política haya reemplazado el régimen salarial y prestacional de los diputados que regulaba el Código de Régimen Departamental, por la figura jurídica de los honorarios, cuyos derechos a percibirlos, se adquieren por la asistencia a las sesiones ordinarias o extraordinarias de la Asamblea Departamental (art. 229 C. P.)

Así mismo, señala que el monto de las cotizaciones para el sistema general de pensiones y para el sistema de general de seguridad social en salud para los diputados, estaba consignado en la Ley 100 de 1993.

Por último, citó que el Consejo de Estado en sentencia 4 de agosto de 2012[3], unificó el criterio de la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, en la base de la liquidación de la pensión de jubilación, en la cual señaló:

> *"(…) Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a titulo ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio."*

1.3.- Contestación de la demanda[4].

La Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP", se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos señaló, que en su mayoría se admitían, excepto el hecho undécimo por cuanto no era cierto que desconociera mandato legal alguno; respecto del noveno dijo que no se pronunciaba por cuanto no se señalaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar; y el décimo no era un hecho, sino una apreciación subjetiva de la parte actora.

Propuso las siguientes excepciones de mérito:

---

[3] Expediente No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09).
[4] Folios 115 - 119.

- Legalidad de los actos acusados: indicó, que la prestación que fue reconocida al señor Julio César conforme lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, se liquidaba de acuerdo a un monto equivalente al 75% del promedio de lo devengado y debidamente cotizado dentro del año inmediatamente anterior al retiro del servicio oficial, por lo que si un trabajador llegase a pensionarse y decidía luego, prestar nuevos tiempos de servicio, debía tomarse como referencia para el cálculo de la eventual reliquidación los ingresos que percibió y sobre los cuales, cotizó dentro del nuevo periodo laboral por concepto de pensión.

Señaló, que en el presente caso era improcedente la reliquidación pretendida por nuevos tiempos de servicio, conforme lo dispuesto en el artículo 4 de la ley 171 de 1961, el cual condicionaba el derecho a la reliquidación de la pensión, a que el reincorporado pensionado hubiere permanecido en el cargo durante tres años o más, lo cual conducía a concluir que el causante del derecho en este caso, hubiere ostentado la calidad de Diputado como mínimo tres años, supuesto que dentro del sub examine no se evidenció, pues, el tiempo de servicio prestado luego de su reconocimiento pensional, fue de tan solo 1 año.

- Prescripción trienal: sin que se entendiera como allanamiento a las pretensiones, solicitó se declarara la prescripción extintiva de ciertas mesadas, que se causaron con posterioridad a la fecha en que se hizo efectiva la respectiva prestación.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

- La demanda fue presentada el 28 de abril de 2014[5], correspondiéndole su conocimiento por reparto al Jugado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo[6]; ente judicial que mediante auto de 12 de mayo de 2014, admitió la demanda[7], siendo notificada dicha providencia a la parte

[5] Folio 13.
[6] Folio 45.
[7] Folio 47.

demandante, el 13 de mayo de 2014, mediante estado electrónico[8]. Igualmente, se notificó personalmente, a través de correo electrónico, al Ministerio de hacienda, a la UGPP, al Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado[9].

- El Ministerio de Hacienda contestó la demanda el 30 de septiembre de 2014[10].

- La Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP", contestó la demanda el 1° de diciembre de 2014[11].

- Mediante auto de 5 de mayo de 2015[12], se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, la cual fue realizada el día 11 de agosto de 2015[13]. En dicha diligencia se declaró prospera la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa respecto del Ministerio de hacienda.

- La audiencia de pruebas se realizó el día 15 de marzo de 2016[14] y se decide prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, disponiendo la presentación de los alegatos de conclusión, por escrito, por el término de 10 días, al igual que al Ministerio Público, para que presentara el respectivo concepto, si a bien lo considerara.

En esta oportunidad, las partes se pronunciaron de la siguiente manera:

Parte demandante[15]**:** Además de reiterar lo dicho en su demanda, sostuvo que no era de recibo la interpretación de la entidad demandada, según la

[8] Folio 48.
[9] Folios 59 y ss.
[10] Folios 103 – 104.
[11] Folios 175 - 119.
[12] Folio 122.
[13] Folio 134 - 137.
[14] Folio 199.
[15] Folio 202 - 209.

cual, la pensión que se suspende debe ser de "naturaleza pública para haber entendido una reincorporación al servicio", por las siguientes razones:

1. El único condicionamiento que impone el régimen especial para que proceda la reliquidación pensional por reincorporación al cargo de Congresista (sic), es que la vinculación y aporte al fondo de previsión no sea inferior a un año.

2. La reliquidación pensional para quienes se reincorporan en el cargo de Congresista (sic), está regulada por una normatividad especial que escapa de las previsiones contenida en los artículos 4 de la Ley 171 de 1961 y 1° del Decreto 583 de 1995, que permiten la revisión pensional de quien se reintegra a uno de los empleos citados en el Decreto 2400 de 1968, siempre que la misma provenga de "servicios a entidades de derecho público".

3. El artículo 7 del Decreto 1359 de 1993, al establecer el requisito de 20 años de servicio o cotizaciones para acceder al reconocimiento pensional, permite la aplicación del régimen especial de Congresista (sic) a quienes "*hayan cumplido y cotizado en parte en el sector privado y ante el Instituto Colombiano de Seguros*", además del servicio al Congreso (sic), es decir, que permite la acumulación de tiempos.

En este sentido, indica, que la pensión de vejez a reliquidar con motivo del reintegro al cargo de Congresista (sic), no tiene que provenir exclusivamente de tiempos públicos, sino que basta con los laborados en esa calidad.

Parte demandada[16]**:** Reitera lo dicho en su contestación de la demanda, respecto de que es requisito indispensable que el causante del derecho, hubiere prestado sus servicios como Diputado como mínimo 3 años, conforme lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 171 de 1961.

El **Agente de Ministerio Público,** No emitió concepto de fondo.

[16] Folio 210 - 212.

- Cursado el respectivo trámite, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, profirió sentencia de fecha 29 de julio de 2016[17], declarando probada la excepción de presunción de legalidad de los actos administrativos demandados y por ende, negó las súplicas de la demanda.

- Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante la apeló, para que fuera revocada en segunda instancia por este Tribunal[18].

- Concedida la alzada, el asunto correspondió al Despacho del suscrito Magistrado Ponente, quien por auto de fecha 30 de septiembre de 2016, admitió el recurso de apelación y por auto de 9 de noviembre de 2016, corrió traslado para alegar[19].

Vencido el anterior término y estando el asunto para resolver de fondo, se decidió mediante auto de 27 de febrero de 2017[20], declarar la falta de competencia del Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo; y en consecuencia, se declaró la nulidad de la sentencia del 29 de julio de 2016 y todas las actuaciones procesales que se suscitaron con posterioridad a su expedición.

- Realizado el nuevo reparto, el asunto correspondió al Despacho del Magistrado Doctor César Enrique Gómez Cárdenas[21], quien por auto de 26 de abril de 2017[22], ordenó remitir el asunto al Despacho del suscrito Magistrado Ponente por haber sido conocido con anterioridad.

Así las cosas, procede resolver el asunto, teniendo en cuenta las siguientes,

---

[17] Folio 227 - 233.
[18] Folios 238 - 246.
[19] Folio 4 y 12 del cuaderno de segunda instancia.
[20] Folio 22 - 27 del cuaderno de segunda instancia.
[21] Folio 279.
[22] Folio 281.

3. CONSIDERACIONES:

3.1. Competencia.

El Tribunal es competente, para conocer en **Primera Instancia,** de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 152 numeral 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad que invalide lo actuado.

3.2.- Problema jurídico.

Considera la Sala, que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar:

¿Tiene derecho la parte actora a la reliquidación de su pensión de jubilación pos mortem (sic), teniendo en cuenta los factores salariales devengados en el año de servicio, ejercido con posterioridad al reconocimiento pensional en el cargo de diputado de la Asamblea de Sucre?

3.3.- Análisis de la Sala.

3.3.1. Régimen de transición del art. 36 de la ley 100 de 1993

La Ley 33 de 1985, exige, para acceder a la pensión de jubilación, 55 años de edad y 20 años de servicios, estableciendo un monto pensional equivalente al 75% del ingreso base de liquidación. En efecto, el artículo 1° de la citada normatividad, reza:

> *"Artículo 1.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario*

promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.

Parágrafo 1.- Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez, se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) o más horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llega a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la Ley.

Parágrafo 2.- Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres y cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Parágrafo 3.- En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley."

Posteriormente, el legislador colombiano, bajo el apremio de la regulación del régimen pensional, expidió la Ley 100 de 1993, "*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dicta otras disposiciones*". Dicha ley

en su artículo 36[23], consagró un régimen de transición, consecuente con las garantías y derechos de aquellas personas próximas a adquirir la prestación social en comento. Dicho artículo, permite el efecto en el tiempo, de normas anteriores a la entrada en vigencia de la nueva normatividad, en aras de hacer efectivo el respeto a derechos consolidados (Corte Constitucional. Sentencia T-168 de 2009 M. P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto).

El Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ha reiterado en sendas jurisprudencias, que de conformidad con el régimen de transición, aquellas personas cobijadas por el mismo tienen derecho a que su pensión, sea liquidada de conformidad con las anteriores a su vigencia, con miras a no vulnerar el principio de inescindibilidad, aplicación integral de la norma, igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral.

En tal sentido, y siguiendo con la línea jurisprudencial del Alto Tribunal Contencioso, esta Sala ha sido del concepto que los regímenes pensionales son excluyentes y si bien el principio de favorabilidad señala que debe aplicarse la norma que más le convenga al trabajador, también es cierto que el principio de inescindibilidad, obliga a aplicarla en su integridad, no siendo posible tomar aspectos de uno y otro régimen, pues, de lo contrario se estarían desmembrando las normas legales que regulan una misma situación de hecho.

---

[23] *"Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres".*
La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley…"

3.3.2. De la reincorporación laboral de un pensionado y de la reliquidación de su mesada pensional.

El artículo 4 de la Ley 171 de 1961, alude a un aspecto de la función pública como es la reincorporación al servicio del servidor público, a quien se le había otorgado una pensión. Esta circunstancia genera derecho a la revisión de la pensión, a partir de la fecha de la nueva desvinculación del servicio, con base en el salario promedio devengado durante los tres últimos años de servicio[24].

Al efecto, dicha norma reza:

> *"Artículo 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.*
>
> *Parágrafo._ 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".* (Resaltado fuera de texto)

La citada norma fue objeto de estudio por parte de la Honorable Corte Constitucional, en Sentencia C-331 de 2000, mediante la cual, se resolvió *"Declarar EXEQUIBLE la expresión "con base en el sueldo promedio de los últimos tres años de servicios", contenida en el artículo 4° de la ley 171 de 1961, bajo la condición de que se entienda que el sueldo promedio de los tres últimos años de servicio, que sirve de base para la liquidación de la*

[24] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A". Radicación N° 25000 23 25 000 2002 09989 01 (5143-05), Actor: Amanda Ricardo de Páez, Demandado: Departamento de Cundinamarca. C. P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

pensión, debe ser actualizado en la forma indicada en el art. 21 de la ley 100/93.

En la referida providencia, la Corte hizo algunas precisiones, frente a la vigencia del artículo 4 de la Ley 171/61, de las cuales se transcriben las siguientes:

> *"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.*
>
> *"…"*
>
> *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.

"."

2.6. En el presente caso la norma acusada se ajusta a la Constitución no sólo porque el trato diferente se encuentra justificado plenamente, sino porque la previsión contenida en la norma acusada es mucho más favorable para el funcionario o empleado público que la establecida en el art. 150 de la ley 100/93, que permite reliquidar la pensión incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de la notificación de la resolución que la reconoce, lo que implica que conforme al art. 21 de la referida ley se tome como ingreso base para reliquidar la pensión el promedio de los salarios sobre los cuales haya cotizado aquél durante los diez años anteriores al reconocimiento de la reliquidación de la pensión".

Así mismo, el Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 29 de abril de 2010[25], tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la aplicabilidad de la norma en cita, señalando lo siguiente:

> *"Dicha preceptiva no fue derogada expresamente por la Ley 100 de 1993, y tal como lo advirtió la Corte Constitucional en sentencia C- 331 de 2000, tampoco fue derogada tácitamente por la misma ley, porque los mandatos allá contenidos no resultan incompatibles con ella, dado que los aspectos relativos a la reincorporación del pensionado al servicio público y la posterior revisión de la pensión no fue objeto de regulación en el nuevo sistema de seguridad social.*
>
> *El Consejo de Estado ha concluido[26] que los diputados gozan de las mismas prestaciones e indemnizaciones consagradas para los servidores públicos y que el reajuste o la reliquidación de la pensión de jubilación de aquellos igualmente se rige por las normas generales sobre la materia, es decir, por lo dispuesto en la Ley 171 de 1961, concretamente el artículo 4°. Lo anterior, por no haberse expedido el régimen normativo prestacional previsto en el artículo 299, constitucional.*
>
> *"…"*
>
> *El artículo 4° de la Ley 171 de 1961, condiciona el derecho a la reliquidación de la pensión a que el reincorporado pensionado hubiere permanecido en el cargo durante tres años o más. Lo anterior significa, para el caso concreto, que es requisito indispensable que la actora hubiere ostentado la calidad de diputada por lo menos tres años".*

2.4.2.- Caso concreto.

En el *sub lite* se encuentra demostrado de conformidad con el acervo probatorio que reposa en el expediente, los siguientes supuestos fácticos relevantes:

---

[25] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A". Radicación N° 25000 23 25 000 2002 09989 01 (5143-05), Actor: Amanda Ricardo de Páez, Demandado: Departamento de Cundinamarca. C. P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

[26] Sentencia del 17 de febrero del 2.000, Expediente no. 9138/2618/99, C. P. Carlos A. Orjuela Gongora; sentencia de 16 de noviembre de 2000, Expediente No. 1823-00, C. P. Alejandro Ordoñez Maldonado; y sentencia de 7 de junio de 2001, Expediente 2760-99 C. P. Tarsicio Cáceres Toro.

-. Mediante Resolución No. 5327 de marzo 20 de 1993[27], la extinta Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL - le reconoció al señor **JULIO CÉSAR MORRIS VIVERO,** pensión de jubilación en cuantía de $73.486.78, efectiva a partir del 6 de mayo de 1989, tomando como base el 75% del salario promedio mensual devengado en el último año de servicio, teniendo en cuenta como haberes salariales, la asignación básica y la bonificación por servicios prestados. En dicho acto, se citó como disposiciones aplicables las Leyes 33 y 62 de 1985.

-. Posteriormente, mediante Resolución No. 08839 de febrero 27 de 2006[28], la extinta Cajanal E.I.C.E., reconoció pensión de sobreviviente en forma vitalicia, con ocasión del fallecimiento del señor Julio César Morris Vivero, a la señora NELLY DEL CARMEN TABOADA DE MORRIS, en calidad de cónyuge, efectiva a partir del 28 de abril de 2005, día siguiente al fallecimiento del causante, pero con efectos fiscales a partir de la inclusión en la nómina de pensionados, en el 100% de la misma cuantía que devengaba el causante.

-. Luego, por Resolución No. 17459 de abril 20 de 2006[29], CAJANAL E.I.C.E., adicionó el artículo 1° de la Resolución No. 08839 de febrero 27 de 2006, en el sentido de indicar que la pensión de sobrevivientes sería efectiva a partir del 28 de abril de 2005, pero con efectos fiscales a partir del 1 de mayo de 2005, en cuantía de $910.828.55.

-. Mediante petición[30], la accionante por conducto de apoderado judicial, solicitó a la UGPP la reliquidación de la pensión de sobreviviente, con inclusión de lo devengado durante los 12 últimos meses de servicio al Estado (Asamblea del Departamento de Sucre – del 1° de enero al 31 de diciembre de 1997).

[27] Folios 159 – 161, y Archivo No. 39 del Cd de antecedentes administrativos - Folio 113.
[28] Archivo No. 212 del Cd de antecedentes administrativos - Folio 113.
[29] Archivo No. 221 del Cd de antecedentes administrativos - Folio 113.
[30] Folios 17 - 23.

- Dicha petición fue negada por la UGPP a través de Resolución No. RDP 000968 de enero 15 de 2014[31], en consideración a que no se allegó la documentación necesaria para el estudio de la reliquidación solicitada.

- La anterior decisión fue objeto de reposición y en subsidio de apelación por parte de la demandante. Tales recursos fueron resueltos mediante las Resoluciones No. RDP 004540 de febrero 11 de 2014[32] y No. RDP 004929 de febrero 13 de 2014[33], las cuales confirmaron la negativa de la reliquidación pensional.

Para tal efecto, consideró la entidad, que pese a que el causante se reincorporó a un cargo de elección popular, solo desempeño dicho cargo por un año (de enero de 1997 al 31 de diciembre de 1997), es decir, que no cumplió con el requisito de los 3 años o más de servicio, tal como lo establecía el artículo 4 de la Ley 171 de 1961.

En virtud de lo anterior, se duele el demandante de que la entidad accionada, no le reconozca y pague la reliquidación de la pensión de jubilación, atendiendo al último año de servicio laborado por el causante como Diputado en el año 1997 o en su defecto, que la UGPP le reintegre las sumas pagadas debidamente indexadas por concepto de aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, por el periodo comprendido del 1° de enero a 31 de diciembre de 1997.

Atendiendo al anterior recuento probatorio y una vez estudiado el sub examine, esta Sala considera que las pretensiones de la demanda deben ser despachadas desfavorablemente, como quiera que los actos acusados se encuentran conforme a derecho.

En efecto, tal como quedó antes señalado, la pensión de jubilación del señor Julio César Morris Vivero, se reconoció con base en lo dispuesto en el

[31] Folios 29 - 30, y Archivo 2701 del Cd de antecedentes administrativos - Folio 113.
[32] Folios 33 - 34, y Archivo 2701 del Cd de antecedentes administrativos - Folio 113.
[33] Folios 37 - 38, y Archivo 2701 del Cd de antecedentes administrativos - Folio 113.

régimen pensional dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985, esto es, liquidada con un monto equivalente al 75% del promedio de lo devengado dentro del año inmediatamente anterior al retiro del servicio.

Con posterioridad, el causante JULIO CÉSAR MORRIS VIVERO, estuvo vinculado como Diputado de la Asamblea Departamental de Sucre, desde el 1° de enero de 1997 al 31 de diciembre de 1997, conforme da cuenta la certificación de información laboral allegada al plenario[34].

Como se vio, la entidad accionada no accedió a reliquidar la pensión de jubilación post mortem (sic) a la señora NELLY DEL CARMEN TABOADA DE MORRIS, en atención a que el causante solo estuvo vinculado en el referido cargo por el periodo de un año (enero a diciembre de 1997); postura que comparte este Tribunal, en atención a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 171 de 1961, que ya que fue descrito.

Como se observa el citado artículo, condiciona el derecho a la reliquidación de la pensión a que el reincorporado[35] pensionado, hubiere permanecido

---

[34] Archivo 0501 del Cd de antecedentes administrativos - Folio 113.

[35] Es de anotar, que si bien la reincorporación de los empleados de la Rama Ejecutiva se halla restringida, como se anota en el aparte que adelante se anota, para el caso de quienes han sido elegidos por voto popular, tal como el caso de los diputados, tal regla no aplica, en virtud "*del derecho que en principio tiene todo ciudadano a elegir y ser elegido, prescrito por el artículo 40-1 de la Constitución Política, y en la reglamentación especial que por mandato de ella debe establecer la ley, en la cual se determinarán, entre otros aspectos, las inhabilidades, incompatibilidades, causas de destitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por el voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales (Ibídem, art. 293)*", resultando que la reincorporación, no aparece establecida como inhabilidad o incompatibilidad.
Conforme concepto proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado fechada a 30 de enero de 1995, C. P. Dr. JAVIER HENAO HIDRÓN, radicación No. 661, la regla general advertida deviene de: "*Según el artículo 31 del Decreto-Ley 2400 de 1968, "todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado (...) Exceptuándose de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2o. del artículo 29 de este Decreto". A su vez, el artículo 122 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, con sentido reiterativo prescribe que "la edad de sesenta y cinco (65) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo para los empleos señalados en el inciso segundo del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año".*
Por su parte, el Decreto-Ley 3074 de 1968, en su artículo 1o., preceptúa que "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". La misma disposición agrega que la persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar una de las siguientes posiciones:
1. Presidente de la República

en el cargo durante tres años o más; no obstante, para el caso concreto, el señor Morris Vivero (q.e.p.d), no acreditó el requisito indispensable de haber ostentado la calidad de diputado por lo menos tres años, sino por un periodo de un año, por lo que se infiere que la accionante no tiene derecho a que le sea reliquidada la citada prestación pensional, en los términos pedidos.

Por otro lado, se advierte que el actor pretende que en su defecto, la UGPP le reintegre las sumas pagadas debidamente indexadas por concepto de aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, por el periodo comprendido del 1° de enero a 31 de diciembre de 1997; no obstante, se observa que el actor no agotó la respectiva reclamación administrativa con relación a dicho reintegro, pues, en la petición visible a folios 17 – 23, se lee que solo fue solicitada la reliquidación pensional, atendiendo al periodo laborado por el acusante en el año 1997.

En tal sentido, como la entidad demandada no tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el reintegro de los aportes que hizo el causante como Diputado de la Asamblea Departamental de Sucre en el referido año, este Tribunal se abstendrá de pronunciarse al respecto conforme lo dispuesto en el artículo 103, inciso 4 del C.P.A.C.A.[36]

Así las cosas, esta Sala considera, que la actora no tiene derecho a la reliquidación pensional reclamada, por ende, los actos acusados, no están viciados de nulidad, lo cual conlleva a que se nieguen las pretensiones de la demanda, conforme lo anotado.

---

2. Ministro de Despacho o Jefe de Departamento Administrativo;
3. Superintendente;
4. Viceministro;
5. Secretario General del Ministerio o Departamento Administrativo;
6. Presidente, Gerente o director del establecimiento público o de empresa industrial y comercial del Estado.
7. Miembro de misión diplomática no comprendido en la respectiva carrera;
8. Consejero o Asesor.
Y adicionalmente, los cargos que por necesidad del servicio "determine el Gobierno", siempre que no se sobrepase la edad de los sesenta y cinco (65) años".

[36] *Quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia, estará en la **obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias** previstas en este Código.*

4.- Costas procesales.

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011 dispone, que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del ordenamiento civil.

En ese sentido, se condena en costas a la parte demandante, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del C. G. del P.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera Oral de Decisión del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo dicho en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante, las cuales serán tasadas por Secretaría, conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del C. G. del P.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, **ARCHÍVESE** el expediente**.**

CUARTO: DEVUÉLVASE el saldo de los gastos del proceso a la parte demandante, en caso de existir.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE
Aprobado en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 0131/2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS **SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA**