

REINCORPORACIÓN DEL PENSIONADO AL SERVICIO OFICIAL PENSIÓN – Requisitos / RELIQUIDACIÓN PENSIONAL POR REINTEGRO AL SERVICIO - Es procedente frente una pensión convencional siempre que cumpla con los requisitos de ley / RELIQUIDACIÓN PENSIONAL – Tiene carácter accesorio en relación con el reconocimiento pensional / CONVENCIÓN COLECTIVA EN EMCALI- Aplicación a trabajadores oficiales / PENSIÓN DE JUBILACIÓN CON BASE EN CONVENCIÓN COLECTIVA – No convalidación / RELIQUIDACIÓN PENSIONAL POR REINTEGRO AL SERVICIO COMO CONGRESISTA – Improcedencia por no cumplirse los requisitos legales para convalidar el reconocimiento pensional con base en convención colectiva

Quien disfrute de una pensión de jubilación, podrá reincorporarse al servicio oficial, previa suspensión de su pago, siempre que se trate de un empleo de elección popular o en uno de los cargos expresamente señalados en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 o por el Gobierno, de conformidad con la posibilidad prevista en el inciso final de la misma norma en cuanto señaló que «Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando que el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años.». De igual manera, dicha situación permite la reliquidación pensional, previo cumplimiento de los requisitos legales a saber; i) que la persona reingresada sea pensionada por servicios a una o más entidades públicas, ii) que se reintegre a cargos oficiales autorizados por la ley o de elección popular y, iii) que el jubilado permanezca en el cargo por 3 años o más. El hecho de que la reliquidación estudiada también esté permitida para el pensionado que reingresa al servicio de una empresa particular, a una de sus filiales o subsidiarias, siempre que la reincorporación tenga el mismo tiempo indicado para el sector público, esto es, 3 años.(...) la reliquidación pensional por reingreso establecida en el artículo 4 de la Ley 171 de 1961, no se encuentra condicionada puntualmente a que el derecho hubiere sido reconocido por el cumplimiento de los requisitos de algún régimen legal, siendo viable ante cualquier fuente generadora de la obligación, pues en últimas lo allí establecido es la variación del ingreso que sirve de base de liquidación, por acontecer para el pensionado nuevos tiempos de servicio ocurridos por autorización de la ley, y en los cargos o dignidades también permitidas por él. (...) La jurisprudencia ha sido clara en diferenciar estos litigios, de aquellos en donde se discute la legalidad del reconocimiento pensional, y por tanto tal como se concluyó, la reliquidación por reingreso es perfectamente posible tratándose de derechos cuya fuente es extralegal respecto de servidores públicos que por su naturaleza no le es posible beneficiarse de tales instrumentos; pero en todo caso, partiendo del supuesto de que el estatus o perfeccionamiento del derecho hubiere ocurrido de conformidad con el ordenamiento positivo, pues no puede desconocerse que la reliquidación o reajuste es accesorio al derecho principal de la pensión. (...) la condición de trabajadora oficial de la parte demandante al momento del estatus, adquirida solo a partir del 1º de enero de 1997, *per se* no le asignaba el derecho a la pensión convencional de la que pende la pretensión de este proceso, así el reconocimiento no sea discutido por su previsor social, pues además de que su tiempo de servicio comprendió la condición de empleada pública, su situación pensional no se definió antes del límite temporal descrito por el legislador antes del 30 de junio de 1997, para entenderla convalidada. En tal contexto, no puede pasar por alto la Sala que la mayor parte del tiempo de servicio de la parte demandante lo acumuló como empleada pública cuando EMCALI era establecimiento público, y en tal condición, de acuerdo con los razonamientos jurisprudenciales dicho periodo no resultaba válido para el reconocimiento de su pensión convencional, cuyo espíritu está referenciado a beneficiar principalmente a los trabajadores oficiales, salvo que excepcionalmente hubiere consolidado el derecho siendo empleada pública antes

del vencimiento del plazo previsto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993. (...)Por lo expuesto, a pesar de que el origen extralegal de la pensión es compatible con la reliquidación por reingreso al servicio, en esta oportunidad la Sala, no puede acceder a las súplicas de la demanda, porque el perfeccionamiento del derecho de la demandante no atendió el espíritu de que la convención solo puede beneficiar a los trabajadores oficiales, condición ésta que solo adquirió al finalizar su vida laboral y por un espacio de tiempo insuficiente para el efecto. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la reliquidación de la pensión, causada por el reingreso al servicio del pensionado en cualquiera de los cargos permitidos por la ley, C de E, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 8 de marzo de 2001, C.P. Ana Margarita Olaya Forero, rad 25000-23-25-000-1998-3308 (2612-00)

FUENTE FORMAL: LEY 171 DE 1961 -ARTÍCULO 4 / DECRETO 1611 DE 1962 / DECRETO 2400 DE 1968 - ARTÍCULO 29 / DECRETO 1848 DE 1969 - ARTÍCULO 78 / DECRETO 583 DE 1995/ LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 146 / DECRETO 3135 DE 1968 -ARTÍCULO 5

RELIQUIDACIÓN PENSIONAL POR REINTEGRO AL SERVICIO – Entidad obligada a su reconocimiento cuando el ente previsional que recibió aportes es diferente al que reconoció la prestación

La Sala es del criterio que la mejor manera de dar efectividad a los mandatos establecidos en el artículo 18 del Decreto 1611 de 1962, es armonizarlos con el concepto de cuota parte pensional, para concluir que tratándose de la reliquidación por reingreso, cuando el receptor de los aportes es una entidad previsional diferente a quien reconoció la pensión, debe concurrir a su financiamiento a prorrata de las cotizaciones recibidas, sin que ello implique que deba expedir las decisiones pertinentes, que son del resorte del ente que pensionó por la causa que fuere.

FUENTE FORMAL: LEY 33 DE 1985-ARTÍCULO 15 /ACUERDO 5 DE 2013 / DECRETO 1848 DE 1969 - ARTÍCULO 79 / LEY 33 DE 1985 - ARTÍCULO 2 / LEY 1066 DE 2006 / LEY 24 DE 1947 - ARTÍCULO 29 / DECRETO 1611 DE 1962 - ARTÍCULO 18

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "B"

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Radicación número: 25000-23-25-000-2011-01050-02(0809-14)

Actor: MARÍA ISABEL URRUTIA OCORO

Demandado: FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA - FONPRECON y EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI EICE ESP

Referencia: FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA¹ - FONPRECON. EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI² - EMCALI EICE ESP. RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN POR REINGRESO AL SERVICIO COMO CONGRESISTA. FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA - DECRETO 01 DE 1984.

Teniendo en cuenta que no existen irregularidades, ni nulidades procesales; decide la Sala³ el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 29 de noviembre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección segunda, subsección C, que negó las pretensiones de la demanda, encaminadas a la reliquidación de su pensión de jubilación.

I. ANTECEDENTES

Pretensiones.

1. La señora María Isabel Urrutia Ocoro, con la representación exigida por la ley y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho presenta demanda con la finalidad de obtener la nulidad de los siguientes actos administrativos: de FONPRECON, Resoluciones 1614 del 17 de noviembre de 2010, 77 del 28 de enero de 2011, y Oficio 20104000099751 del 20 de septiembre de 2010, por los cuales se le negó la reliquidación de la pensión de jubilación; de EMCALI, Oficios 832-DGL-6308 del 12 de noviembre de 2010, y 831.1-DHP-3137 del 27 de diciembre de 2010, que también negaron la reliquidación de la prestación pensional.

2. A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a las entidades demandadas, reliquidar su pensión por reincorporación al servicio activo, tomando como referencia el nivel de ingresos percibidos en el cargo de representante a la cámara, a partir de agosto de 2010, sin límite de cuantía; y así mismo, el pago de las diferencias monetarias causadas entro lo que resulte de la reliquidación y lo que se le paga a partir del cese de funciones como legisladora por concepto de pensión de jubilación.

¹ En adelante FONPRECON.

² En lo que sigue EMCALI.

³ Según informe secretarial, ingresó al Despacho el 10 de octubre de 2016, folio 226.

Hechos.

3. Para una mejor comprensión del asunto, la Sala resumirá de la siguiente manera la situación fáctica expuesta por la parte demandante, así:

3.1 Señala que nació el 25 de marzo de 1965, y que EMCALI le reconoció pensión de jubilación especial a partir de marzo de 2001, con fundamento en la convención colectiva vigente para tal momento, por los servicios prestados a esa entidad pública por 19 años, 3 meses y 8 días, desde el 23 de noviembre de 1981 al 28 de febrero de 2001, en cuantía de \$1.452.300 que correspondió al 90% del promedio de salarios devengados durante el último año de servicio.

3.2 Informa que fungió como representante a la cámara en dos periodos constitucionales, desde el 20 de julio de 2002 hasta el 19 de julio de 2010, tiempo en el cual percibió la remuneración de congresista al suspenderse el pago de su pensión de jubilación, efectuando los aportes pensionales a FONPRECON en las cuantías establecidas en la ley conforme a su ingreso.

3.3. Precisa que al culminar su último periodo como legisladora, solicitó de EMCALI la reanudación del pago de su pensión de jubilación, y también la reliquidación con fundamento en el reingreso al servicio en un cargo de elección popular, obteniendo respuesta desfavorable a sus intereses al considerar que la prestación era de origen convencional. Indica que la misma petición la impetró a FONPRECON con igual resultado, al estimar que quien debía responder era la entidad previsional que reconoció el derecho.

Normas vulneradas y concepto de violación.

4. La parte demandante cimenta su demanda en el artículo 48 de la Constitución Política; 4 de la Ley 171 de 1961; 1 de la Ley 19 de 1987; 17 y 18 del Decreto Reglamentario 1611 de 1962; 1 y 4 del Decreto 583 de 1995; 4, 8 y 9 del Decreto 1359 de 1993.

5. Precisa que las entidades demandadas están en la obligación de reliquidar la pensión de jubilación de la accionante, como quiera que reingresó al servicio en las condiciones excepcionales establecidas en la ley, en un cargo de elección popular que ejerció durante más de 3 años, que es el tiempo mínimo requerido, y realizando las cotizaciones pensionales conforme al ingreso de congresista.

6. Relata que el origen convencional que tiene la pensión de jubilación de la demandante no es óbice para negarle la reliquidación por reingreso, en tanto la prestación se originó por los servicios prestados a una entidad pública, y porque además la regulación normativa no la limita a los derechos legales.

Contestación de la demanda.

7. FOPRECON se opone a la prosperidad de la demanda al considerar que no es la entidad llamada a responder por la reliquidación pensional solicitada en la demanda, en tanto no fue quien la pensionó, y porque los actos administrativos que expidió fueron resultado de una orden de tutela. Sin embargo, se refirió al fondo del derecho perseguido para señalar que la demandante carece de razón porque no es beneficiaria del régimen de transición de congresistas, siendo inviable que se pensione o que sea favorecida con las previsiones especiales dirigidas a los legisladores vinculados antes de la Ley 4ª de 1992.

8. EMCALI no contestó la demanda a pesar de haber sido notificado en debida forma.

La sentencia de primera instancia.

9. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección segunda, subsección C, negó las pretensiones de la demanda y, se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

10. Expuso el soporte normativo que permite el reingreso al servicio de los pensionados, y con fundamento en ello precisa que se trata de una situación excepcional amparada por la ley para ciertas dignidades o cargos al interior de la administración, y entre ellos, los de elección popular. En tales condiciones, reconoce que el pensionado reingresado tiene derecho a la revisión de su pensión

conforme a la Ley 171 de 1961, siempre que el periodo supere los 3 años, siendo obligación de la entidad previsional que pensionó.

11. Sin embargo, considera que la demandante obtuvo su pensión con fundamento en una convención colectiva al haberse desempeñado como trabajador oficial en EMCALI, y que por tal razón es incompatible con la reliquidación perseguida en la demanda, que se causa a partir de tiempos públicos prestados a la rama legislativa, sector en donde es prohibido beneficiarse de instrumentos extralegales de acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005. Por tanto, establece que la convención colectiva solo obliga a las partes que en ella intervinieron.

12. Concluye afirmando, que si la demandante se hubiere pensionado de conformidad con la ley en tal escenario si era viable la reliquidación por reingreso al servicio.

Recurso de apelación.

13. La **parte demandante como apelante único**, interpuso recurso de apelación con el propósito de que sea revocado el fallo de primera instancia, y en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda. Centra su inconformidad en que el *a quo*, equivocadamente establece una incompatibilidad entre la pensión convencional y la posibilidad de reliquidarla por reingreso al servicio, ya que se trata de un derecho que no se limita desde lo dispuesto por el legislador, solo a quienes obtuvieron el estatus por cumplir los requisitos de algún régimen legal.

14. Enfatiza que el propósito del proceso es totalmente ajeno a establecer la legalidad del reconocimiento pensional de la actora, por lo que las apreciaciones particulares sobre la aptitud de ésta para ostentar el derecho no pueden ser de recibo para establecer la posibilidad de que se reliquide por unos nuevos tiempos causados por el reingreso al servicio, para los cuales se efectuaron las respectivas cotizaciones al fondo previsional ahora demandado.

15. Por tanto precisa, que la Ley 171 de 1961 establece la posibilidad de que una pensión cualquiera que sea, pueda reliquidarse siempre que el pensionado reingresado al servicio lo haga en algunos de los cargos permitidos por la ley, y

por supuesto, los de elección popular encajan en tal exigencia, siempre que permanezcan al menos 3 años, periodo que supera con creces la accionante al fungir como congresista por 8 años. En tal panorama, considera que la norma mencionada la única salvedad que establece respecto de la pensión, es que se cause por servicios a entidades de derecho público, condición que también cumple la demandante al prestar sus servicios a EMCALI, institución perteneciente a la estructura orgánica del orden territorial del municipio de Santiago de Cali.

16. Alega que durante los 8 años en que la actora se desempeñó como congresista, efectuó cotizaciones a FONPRECON, entidad que está llamada a responder financieramente por la reliquidación de conformidad con lo establecido en el Decreto 1611 de 1962.

Alegatos en segunda instancia y concepto del Ministerio Público.

17. La **parte demandada FONPRECON**, presentó alegatos de cierre manifestando que no fue la entidad que pensionó a la demandante, y que por tanto, carece de legitimidad para ser responsable de la pretensión contenida en la demanda, y que se insiste en la apelación. Indica además que la apelante no es beneficiaria de ninguna norma pensional de legisladores, y en tal virtud, no es posible ningún reconocimiento prestacional en su favor.

18. La **parte demandada EMCALI**, también alegó de conclusión para oponerse a la prosperidad de la alzada interpuesta por la actora, al estimar que la reliquidación por reingreso al servicio es incompatible con la pensión de origen convencional, pidiendo la confirmación de la sentencia apelada.

19. La **delegada del Ministerio Público** ante la corporación, rindió concepto en la causa solicitando la revocatoria del fallo apelado, para que en su lugar se acojan las súplicas de la demanda. Considera que la norma que consagra la reliquidación pensional por reingreso al servicio solo exige que el cargo que ocupe el pensionado se encuentre previsto en la ley, caso de los de elección popular, que se trate de una pensión por servicios a entidades públicas, y se permanezca en la dignidad por al menos 3 años. Encuentra a partir de las pruebas recaudadas en el plenario, que la accionante las cumple todas, por lo que la solución al caso no es otra al otorgamiento del derecho perseguido. En cuanto al cumplimiento del fallo,

pide que se ordene a FONPRECON el traslado de las cotizaciones a EMCALI, que en últimas es la entidad responsable de la pensión de la demandante.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA PARA FALLAR.

Problema Jurídico.

20. De acuerdo con el cargo formulado en el recurso de apelación, le corresponde a la Sala establecer si la reliquidación pensional por reingreso al servicio oficial, exige que el derecho hubiere sido reconocido por el cumplimiento de los requisitos de ley, o si es posible aún cuando el origen hubiere sido extralegal. En caso positivo al planteamiento anterior, se definirá qué entidad previsional está llamada a responder.

21. Para resolver la cuestión, la Sala desarrollará el siguiente temario. i) regulación normativa del reingreso excepcional del pensionado al servicio público y la posibilidad de reliquidación pensional; ii) entidades previsionales involucradas; y iii) caso concreto.

i) Reincorporación del pensionado al servicio oficial.

22. La Ley 171 de 1961 *por la cual se reforma la Ley 77 de 1959 y se dictan otras Disposiciones sobre pensiones*, en su artículo 4° dispuso:

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 ésta 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.

23. Por su parte, el artículo 17 del Decreto 1611 de 1962, *por el cual se reglamenta la ley 171 de 1961*, prescribió:

ARTÍCULO 17. 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 servicio, si tal revisión le fuere favorable.

[...].

24. A su turno, el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, *por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones*, modificado por el artículo 1° del Decreto 3074 del mismo año, preceptuó:

ARTÍCULO 29. 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 que el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años.

25. La anterior disposición fue reiterada por el artículo 78 del Decreto 1848 de 1969 (reglamentario del Decreto Ley 3135 de 1968), en los siguientes términos:

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

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

26. Por su parte, los artículos 1° y 4° del Decreto 583 de 1995 (por el cual se dictan disposiciones en materia prestacional del sector oficial) prescribieron:

*Artículo 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, percibirán la asignación mensual correspondiente. En el evento de que dicha asignación fuere inferior a la mesada pensional, percibirán adicionalmente la diferencia por concepto de pensión, hasta concurrencia del valor total de esta prestación social.
[...]*

Artículo 4°.- La revisión del valor de la mesada pensional, si a ello hubiere lugar, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo Primero (1) de este Decreto, se sujetará a los términos y condiciones previstos en el artículo cuarto (4) de la Ley 171 de 1961.

27. De las anteriores normas se infiere que quien disfrute de una pensión de jubilación, podrá reincorporarse al servicio oficial, previa suspensión de su pago, siempre que se trate de un empleo de elección popular o en uno de los cargos expresamente señalados en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 o por el Gobierno, de conformidad con la posibilidad prevista en el inciso final de la misma norma en cuanto señaló que «*Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando que el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años.*». De igual manera, dicha situación permite la reliquidación pensional, previo cumplimiento de los requisitos legales a saber; i) que la persona reingresada sea pensionada por servicios a una o más entidades públicas, ii) que se reintegre a cargos oficiales autorizados por la ley o de elección popular y, iii) que el jubilado permanezca en el cargo por 3 años o más. Este parámetro interpretativo ha sido esbozado por esta Corporación así⁴:

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, sentencia de 29 de agosto de 2002, Radicación No.: 25000-23-25-

«(...) la revisión de la pensión por reincorporación al servicio únicamente procede cuando ésta se produce en los cargos enlistados en el artículo citado del Decreto 2400 de 1968, o en aquellos expresamente determinados por el Gobierno Nacional, en razón, se reitera, de las necesidades del servicio.»

28. En efecto, de conformidad con el artículo 78 del Decreto 1848 de 1969, antes citado, por *regla general* las personas que disfruten de su pensión de jubilación tienen prohibido vincularse nuevamente al servicio oficial; sin embargo, se exceptuaron algunos cargos taxativamente señalados por la normatividad vigente, previendo que en esos casos específicos sería posible reliquidar la prestación en los términos del artículo 4° de la Ley 171 de 1961, entre ellos, los de elección popular.

29. Siendo entonces excepcional el reintegro al servicio oficial, la lista de los cargos que permiten tal situación es **precisa y taxativa** y, por lo tanto, no es posible extender esta prerrogativa a otros empleos no incluidos expresamente por el Congreso o el ejecutivo.

30. Asimismo, las anteriores previsiones normativas permiten dinamizar la incorporación al servicio público en la medida que el cargo desempeñado por quienes acceden a su pensión de jubilación puede ser ejercido por otra persona igualmente capacitada para el efecto. De esta forma se privilegia el principio de igualdad de oportunidades entre los asociados, se promueve el acceso a los cargos públicos y el interés particular de incrementar las competencias intelectuales con el objetivo de ingresar al servicio oficial, pues, en principio, existe la expectativa de acceder a la función pública, por presentarse, entre otras situaciones, el retiro del personal como consecuencia de haber accedido a su pensión de jubilación.

31. Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado⁵:

«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

000-1996-0182-01(1754-00), Actora: Haydee Argüelles de Monroy. En el mismo sentido, ver la sentencia de 30 de noviembre de 2006, con ponencia del Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, Radicación No.: 25000-23-25-000-1999-05240-01(4031-03), Actor: David Aljure Ramírez.

⁵ Sentencia C-331 de 2000. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell.

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.»

32. Con criterio de actualidad, es importante mencionar que los artículos 2.2.12.2.2⁶ y 2.2.12.2.5⁷ del Decreto 1833 de 2016, compilatorio de normas del Sistema General de Pensiones, reprodujeron en los mismos términos la posibilidad del reintegro al servicio oficial por parte de quien se encuentra pensionado, y la revisión de su prestación.

33. Ahora bien, alrededor de la reliquidación de la pensión, causada por el reintegro al servicio del pensionado en cualquiera de los cargos permitidos por la ley, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, subsección A, en sentencia de 8 de marzo de 2001, consejera ponente: Ana Margarita Olaya Forero, radicación número: 25000-23-25-000-1998-3308 (2612-00), actor: Ligia Perdomo Franco, demandado: Caja Nacional de Previsión Social, había dicho:

[...]

Con este mismo criterio y atendiendo que la reliquidación de la pensión no es más que una operación matemática y no el reconocimiento del derecho pensional, como quiera que este ya se ha adquirido, resulta forzoso concluir que al reliquidar la pensión se debe calcular el monto de la prestación sobre los mismos criterios tenidos en cuenta al momento de su reconocimiento. Darle otro alcance a las normas que permiten la reliquidación de las pensiones, llevaría a una variación del régimen bajo el cual se reconocieron y desvirtuaría el concepto mismo de “reliquidación”, el cual, por obvias razones, no puede independizarse del derecho pensional reconocido.

[...].

34. Por lo anterior, la reliquidación excepcional de la pensión a causa del reintegro al servicio oficial por parte de un pensionado, no es más que la reformulación de la

⁶ **ARTÍCULO 2.2.12.2.2. ASIGNACIÓN PARA LOS PENSIONADOS QUE SE REINTEGRAN AL EMPLEO PÚBLICO.** 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 número 2400 de 1968 o en uno de elección popular, percibirán la asignación mensual correspondiente.

En el evento de que dicha asignación fuere inferior a la mesada pensional, percibirán adicionalmente la diferencia por concepto de pensión, hasta concurrencia del valor total de esta prestación social.

⁷ **ARTÍCULO 2.2.12.2.5. REVISIÓN DE LA MESADA PENSIONAL.** La revisión del valor de la mesada pensional, si a ello hubiere lugar, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 2.2.12.2.2. de este decreto, se sujetará a los términos y condiciones previstos en el artículo 4o de la Ley 71 de 1961.

variable económica para establecer un nuevo monto pensional sin alterar las condiciones puntuales del reconocimiento.

35. Vale la pena recordar, que la Sala en sentencia del 15 de septiembre de 2011, expediente 0760-2011, con ponencia de Víctor Hernando Alvarado Ardila, al resolver la apelación de la parte demandante, a quien le negaron las súplicas de la demanda relacionadas con la reliquidación pensional derivada del reingreso al servicio, por estimar el *a quo* que parte de los tiempos tenidos en cuenta para el reconocimiento lo fueron en el sector privado, para acceder al derecho tuvo en cuenta las siguientes consideraciones:

*Adviértase en todo caso que la demandante fue servidora pública y que, luego de que se pensionó con el régimen previsto en la Ley 71 de 1988, solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación por haberse reincorporado al servicio público. Como quiera que el legislador **no excluyó del derecho a la reliquidación de la pensión a quienes se hubieran pensionado de conformidad con lo establecido en la Ley 71 de 1988**, al Juez o la intérprete no le es dable hacer distinciones si el legislador no las previó, pues solo señaló que los pensionados que se reincorporen al servicio en los cargos expresamente señalados, tiene derecho a obtener la reliquidación de su pensión. (resaltado y negrillas fuera de texto original).*

36. También es pertinente traer a colación, el pronunciamiento de la Sala surtido el 28 de septiembre de 2016, expediente 1220-2013, con ponencia de Carmelo Perdomo Cuéter, en donde se ordenó la reliquidación pensional de un pensionado de la Universidad de Cartagena, cuyo derecho se reconoció con fundamento en normas internas del alma mater, por reintegrarse al servicio de la rama judicial en el cargo de magistrado auxiliar de la Corte Suprema de Justicia por más de 2 años, al amparo del artículo 11⁸ del Decreto 542 de 1977⁹, dando señales de que el derecho analizado no pende del reconocimiento de la pensión por cumplir los requisitos de ley.

37. Así las cosas, la reliquidación pensional por reingreso establecida en el artículo 4 de la Ley 171 de 1961, no se encuentra condicionada puntualmente a que el derecho hubiere sido reconocido por el cumplimiento de los requisitos de

⁸ ARTÍCULO 11. El reintegro a un cargo de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público de quien esté disfrutando de pensión de jubilación o de vejez, solo da derecho al reajuste de la misma cuando se haya trabajado por lo menos durante dos años continuos en el nuevo cargo.

⁹ Por el cual se fija la remuneración para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, y se dictan otras disposiciones.

algún régimen legal, siendo viable ante cualquier fuente generadora de la obligación, pues en últimas lo allí establecido es la variación del ingreso que sirve de base de liquidación, por acontecer para el pensionado nuevos tiempos de servicio ocurridos por autorización de la ley, y en los cargos o dignidades también permitidas por él.

38. La jurisprudencia ha sido clara en diferenciar estos litigios, de aquellos en donde se discute la legalidad del reconocimiento pensional, y por tanto tal como se concluyó, la reliquidación por reingreso es perfectamente posible tratándose de derechos cuya fuente es extralegal respecto de servidores públicos que por su naturaleza no le es posible beneficiarse de tales instrumentos; pero en todo caso, partiendo del supuesto de que el estatus o perfeccionamiento del derecho hubiere ocurrido de conformidad con el ordenamiento positivo, pues no puede desconocerse que la reliquidación o reajuste es accesoria al derecho principal de la pensión.

39. Refuerza el criterio de la Sala, el hecho de que la reliquidación estudiada también esté permitida para el pensionado que reingresa al servicio de una empresa particular¹⁰, a una de sus filiales o subsidiarias, siempre que la reincorporación tenga el mismo tiempo indicado para el sector público, esto es, 3 años.

40. En tales condiciones, se trata de un derecho para el pensionado determinado a partir de lo dispuesto en la ley, por la causación de unos tiempos adicionales de servicio, de al menos 3 años, en los cuales hubo una actualización del ingreso base de cotización, que legítimamente debe incrementar la cuantía de la pensión. Por tanto, la reliquidación de que trata el artículo 4 de la Ley 171 de 1961, antes analizada, contempla la revisión pensional de quien reingrese al servicio público, teniendo en cuenta el promedio de los 3 últimos años de servicio.

41. Ante esa variación del periodo base de liquidación, que se reitera no afecta las condiciones del reconocimiento inicial, debe recordar la Sala, que conforme al

¹⁰ 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 ésta a su servicio o al de sus filiales y subsidiarias por el mínimo de tiempo indicado.

Acto Legislativo 01 de 2005¹¹, y los parámetros jurisprudenciales actuales¹², para la liquidación de cualquier pensión **solo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones ordenadas por la ley.

42. En tal virtud, **ese promedio al que hace alusión la norma en comento debe considerar perentoriamente solo el ingreso que hizo parte de la base de cotización conforme a la ley**, pues es la única manera de acompasar la reliquidación con los principios rectores que gobiernan hoy día la seguridad social, la estabilidad y sostenibilidad financiera del sistema pensional.

43. Lo anterior, por cuanto los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, además de ser una de las fuentes de financiación de las prestaciones que concede, más no la única, deben propender tanto por la sostenibilidad financiera del sistema, como por el cumplimiento del principio de solidaridad establecido en nuestra Carta Política y en las normas relativas a derechos pensionales, cualquiera que sea.

ii) Entidades previsionales involucradas.

44. El artículo 15 de la Ley 33 de 1985, creó el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, y el 7 del Acuerdo 5 de 2013¹³, le asignó entre sus funciones: (i) efectuar el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los Congresistas, de los empleados del Congreso y de los empleados del mismo Fondo, así como las pensiones de vejez o jubilación, invalidez y sobrevivientes;(ii) las demás funciones que le señalen la ley.

45. Ahora bien, el artículo 79 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto Ley 3135 de 1968, prevé que la reliquidación se hará y pagará por la misma entidad de previsión social, que reconoció y venía pagando la pensión de jubilación. Adicionalmente, el artículo 2 de la Ley 33 de 1985, señala que el ente de previsión obligado al pago de la pensión de jubilación puede repetir contra las respectivas cajas de previsión a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere

¹¹ Modificatorio del artículo 48 superior.

¹² Sentencia C-258 de 2013 de la Corte Constitucional. Sentencia del 28 de agosto de 2018, de la Sala Plena del Consejo de Estado, expediente 4403-13 con ponencia de César Palomino Cortés, y **principalmente, CE-SUJ-SII-020-2020 del 11 de junio de 2020, exp. 1882-2014 de la sección segunda.**

¹³ Del Consejo Directivo del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.

servido o aportado a ellos. Por su parte la Ley 1066 de 2006¹⁴, consagra el procedimiento para el efecto.

46. Asimismo, el artículo 29 de la Ley 24 de 1947¹⁵, prevé por motivo de la acumulación de cotizaciones que el monto de la pensión correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo servido y al salario o remuneración devengados.

47. Adicional a lo anterior, el artículo 18 del Decreto 1611 de 1962, reglamentario de la plurimencionada Ley 171 de 1961, establece en concreto respecto de la reliquidación por reingreso que:

*1o. Los aumentos, reajustes y reliquidaciones de las pensiones de jubilación e invalidez oficiales y semioficiales, **serán oficiosamente practicados y cubiertos por la entidad o Caja de Previsión a que corresponda el pago de ellas, y podrá repetir contra las demás entidades o cajas obligadas legalmente a contribuir al pago de la pensión y de su aumento, en proporción a sus respectivas cuotas.***

*2o. Cuando una pensión **sea revisada conforme al artículo 17 de este decreto, su mayor valor será de cargo de la entidad o entidades a las que se reincorporó el trabajador, o de las respectivas cajas de previsión, en proporción al tiempo servicio.***

La revisión será efectuada por la caja de previsión o entidad que ha venido pagando la pensión, y podrá repetir por el mayor valor contra las entidades o cajas obligadas a su pago. (subrayado y negrillas fuera de texto original).

48. En ese orden de ideas, es pertinente recordar que las cuotas partes pensionales son concebidas como «[...]un mecanismo que permitía a la última entidad oficial empleadora o a la última entidad de previsión, que hubieran reconocido una pensión, repartir el costo de la misma entre las demás entidades públicas empleadoras o cajas de previsión, mediante el cobro de éstas de la cuota parte respectiva, en proporción al tiempo de servicios o aportes a cada una de ellas[...]»¹⁶

49. En relación con la naturaleza de las cuotas partes pensionales, esta Corporación¹⁷ ha dicho reiteradamente que:

¹⁴ Por la cual se dictan normas para la normalización de la cartera pública y se dictan otras disposiciones.

¹⁵ Por la cual se adiciona el artículo 29 de la ley 6ª de 1945 y se dictan otras disposiciones de carácter social

¹⁶ Arenas Monsalve, Gerardo. (2011) El derecho colombiano de la seguridad social (Tercera Edición). Bogotá, Colombia. Editorial Legis.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez. Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil catorce (2014). Radicación número: 25000-23-27-000-2012-00250-01(19567). Actor: Banco Popular S.A. Demandado: Departamento de Cundinamarca.

*[...]se encuentra que **la naturaleza de la cuota parte pensional es la de una contribución parafiscal, en tanto que constituye un aporte obligatorio del empleador, destinado al pago de las mesadas pensionales dentro del esquema de financiación del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.** Sobre el carácter parafiscal de los recursos de la seguridad social y su destinación específica, conforme con el artículo 48 de la Constitución Política, la Corte Constitucional ha señalado que tales recursos son indispensables para el funcionamiento del sistema de seguridad social, y en esta medida están todos articulados para la consecución del fin propuesto por el Constituyente. [...]*

50. Respecto de la diferencia entre las cuotas partes pensionales y el derecho de recobro, la Corte Constitucional a través de sentencia C-895 de 2009¹⁸, expresamente consignó:

*«[...]Las cuotas partes constituyen el soporte financiero para la seguridad social en pensiones, sustentado en el concepto de concurrencia, en tanto que **el recobro es un derecho crediticio a favor de la entidad que ha reconocido y pagado una mesada pensional, la que a su vez puede repetir contra las demás entidades obligadas al pago a prorrata del tiempo laborado o de los aportes efectuados[...]**»*

51. De lo dicho se desprende que las cuotas partes pensionales son el soporte más importante desde la perspectiva financiera en el sistema de seguridad social en pensiones **porque representan un esquema de concurrencia en el pago de las mesadas pensionales, a prorrata del tiempo laborado en diferentes entidades o de las contribuciones efectuadas.**

52. Por lo mencionado, la Sala es del criterio que la mejor manera de dar efectividad a los mandatos establecidos en el artículo 18 del Decreto 1611 de 1962, es armonizarlos con el concepto de cuota parte pensional, para concluir que tratándose de la reliquidación por reingreso, cuando el receptor de los aportes es una entidad previsional diferente a quien reconoció la pensión, debe concurrir a su financiamiento a prorrata de las cotizaciones recibidas, sin que ello implique que deba expedir las decisiones pertinentes, que son del resorte del ente que pensionó por la causa que fuere.

¹⁸ Referencia: expediente D-7749, Actor: Marcela Posada Acosta, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de dos mil nueve (2009).

iii) Caso concreto.

53. Retomando el asunto *sub júdice*, se apela la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda de reliquidación pensional por reingreso al servicio. Sostuvo el *a quo*, que era improcedente la reclamación por cuanto la pensión de la demandante es de origen convencional, la cual consideró incompatible con la reliquidación por reingreso que en su criterio consulta tiempos públicos que deben ser asemejados y verificados para efectos pensionales de conformidad con la ley.

54. La parte demandante difiere de tales razonamientos, al considerar que la Ley 171 de 1961 establece un derecho a la reliquidación sin distingo de fuente pensional, exigiendo solamente que la prestación se cause por servicios prestados a una o más entidades de derecho público, que el reingreso al servicio oficial opere en cargos permitidos por el legislador en forma taxativa, y que ocurra por al menos 3 años. De estos requisitos, informa que la accionante los cumple todos, siendo procedente revocar el fallo apelado y en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda.

55. Para resolver los cargos de la apelación, además de las conclusiones sustanciales antes depositadas en la providencia, la Sala tendrá en cuenta que la situación de la demandante María Isabel Urrutia Ocoro, a partir de las pruebas documentales aducidas al proceso, es la siguiente:

55.1 Nació el 25 de marzo de 1965, conforme se establece de su cédula de ciudadanía¹⁹.

55.2 Mediante Resolución Boletín 1923 del 9 de agosto de 2001, emanada del Gerente de Recursos Humanos de EMCALI, le fue reconocida pensión extralegal conforme a la convención colectiva 1999-2000, por servicios prestados a dicha entidad por espacio de 19 años, 3 meses y 8 días, del 23 de noviembre de 1981 al 28 de febrero de 2001, en distintos cargos, siendo el último el de Operador II Daños CODE 18100842, definiéndose que para la jubilación especial otorgada, se tuvo en cuenta un tiempo de **16 años y 10 días** en periodos discontinuos del 20 de febrero de 1985 al 1 de marzo de 2001. La cuantía pensional correspondió a la suma de \$1.452.300, siendo el 90% del promedio salarial del último año de

¹⁹ Folio 2 del cuaderno principal.

servicio, efectiva a partir del 1 de marzo de 2001²⁰. El estatus se considero a partir de la fuente extralegal por el cumplimiento de 15 años de servicio especial en consideración de los cargos ocupados sin tener en cuenta edad.

55.3 Conforme a la certificación emitida por la subsecretaría general de la Cámara de Representantes el 6 de abril de 2011, se desempeñó como representante a la cámara por la circunscripción especial de las negritudes, para los periodos constitucionales 2002-2006 y 2006-2010, tomando posesión el día 20 de julio de los años 2002 y 2006, respectivamente. Se informa que actuó ininterrumpidamente en ambos periodos mencionados²¹.

55.4 Durante los periodos constitucionales 2002-2006, 2006-2010, mes a mes devengó la remuneración correspondiente a un congresista, discriminada en asignación básica, prima de salud, prima de localización, gastos de representación, prima de servicios y prima de navidad, ingresos sobre los cuales se efectuaron cotizaciones a salud con destino a la Nueva EPS, y a pensión a FONPRECON²².

55.5 Mediante Resolución GG-1665 del 2 de noviembre de 2010, proferida por la agente especial y representante legal de EMCALI, se reanudó el pago de su pensión de jubilación después del ejercicio parlamentario, en cuantía de \$2.389.900 para el año de expedición del mencionado acto, sin precisarse el momento de efectividad²³.

55.6 A través de oficio 6308 del 12 de noviembre de 2010, EMCALI le negó la reliquidación de su pensión de jubilación por reingreso al servicio, al estimar que el origen convencional de su pensión impedía tener en cuenta tiempos públicos servidos como congresista y que fueron cotizados a FONPRECON, decisión confirmada a través de oficio 831.1-DHP 3137 del 27 de diciembre de 2010²⁴.

55.7 Mediante oficio 20104000099751 del 20 de septiembre de 2010, FONPRECON negó la reliquidación pensional por reingreso, al considerar que la situación de la demandante no se acompasa con ninguna norma que beneficie a

²⁰ Folios 22 a 26 del cuaderno de antecedentes administrativos.

²¹ Folio 44 del cuaderno principal.

²² De acuerdo con certificación de salarios mes a mes expedido por el jefe de la sección de pagaduría del Congreso de la República, visible a folios 48 a 52, *ibidem*.

²³ Folio 31 y 32, *ibidem*.

²⁴ Folios 23 a 27. Ib.

los congresistas, en tanto no era beneficiaria del régimen de transición especial, no era reincorporada, y porque su primera vinculación al legislativo operó después de la Ley 100 de 1993, dejando expresa mención de que eventualmente la petición debía ser atendida por EMCALI conforme al artículo 18 del Decreto 1611 de 1962²⁵, al ser la entidad que la pensionó.

56. En consideración de los documentos antes relacionados, para la Sala es claro que a la accionante le fue reconocida una pensión convencional a partir del **1 de marzo de 2001**, por los servicios especiales prestados a EMCALI en distintos cargos por espacio de **16 años y 10 días**, a la edad de **35 años**²⁶, con una tasa de reemplazo del 90% sobre el ingreso promedio del último año de servicio; situación puntual que a pesar de no encontrarse en discusión, amerita un análisis de la Sala, pues tal como se indicó en el capítulo anterior la reliquidación pende de que el derecho principal se hubiere consolidado conforme las reglas normativas pertinentes.

57. Al respecto, lo primero que se tendrá en cuenta es la naturaleza de EMCALI, encontrando que tienen relevancia dos momentos que inciden en el régimen laboral y pensional aplicable a sus funcionarios.

58. El primero de ellos, parte de la expedición del Acuerdo No. 50 de 1 de diciembre de 1961²⁷, expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali, mediante el cual se creó el Establecimiento Público Empresas Municipales de Cali, EMCALI, como un organismo autónomo, con carácter legal de **establecimiento público descentralizado**, con patrimonio propio, y funciones de servicio público.

59. Como establecimiento público del orden municipal que era, sus funcionarios eran verdaderos empleados públicos por regla general y, excepcionalmente se encontraban trabajadores oficiales quienes ejercían actividades de construcción y mantenimiento de obra pública.

60. El parágrafo 1º del artículo 17²⁸ de la Ley 142 de 1994, ordenó la

²⁵ Folios 16 a 22.

²⁶ Recuérdese que nació 25 de marzo de 1965, folio 2 del cuaderno principal.

²⁷ Modificado por los Acuerdos Nos. 82 de 1987 y 21 de 1992 del Concejo Municipal de Santiago de Cali.

²⁸ Artículo 17. Naturaleza. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley.

Parágrafo 1o. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado. Mientras la ley a la que se refiere el artículo 352 de la Constitución Política no disponga

transformación de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios constituidas como entidades descentralizadas del orden territorial, en sociedades por acciones o en empresas industriales y comerciales del Estado.

61. En tal virtud, el Concejo Municipal de Santiago de Cali, mediante Acuerdo No. 14 de 26 de diciembre de 1996, transformó las empresas municipales de Cali, en empresa industrial y comercial del municipio, cuyo objeto era la prestación de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, acueducto y alcantarillado. Esta transformación surtió efectos a partir del **1 de enero de 1997**, conforme lo señaló el parágrafo II del artículo 4 del citado acuerdo y sus funcionarios, por regla general se convirtieron en trabajadores oficiales. En los estatutos internos de la entidad se precisarían qué actividades de dirección y confianza deberían ser desempeñadas por empleados públicos, teniendo en cuenta el objeto y las funciones de la empresa²⁹.

62. En este orden, el régimen laboral de los funcionarios de EMCALI sería entonces el señalado por el artículo 5³⁰ del Decreto 3135 de 1968, por remisión expresa que hiciera el artículo 41³¹ de la mencionada Ley 142 de servicios públicos.

63. Obsérvese como aparejada a la referida transformación institucional, también cambió el régimen laboral de sus empleados, pues hasta el 31 de diciembre de 1996, la regla general era que el personal de EMCALI lo constituían los empleados públicos y la excepción sería los trabajadores oficiales, por el contrario, a partir de 1 de enero de 1997, pasó a ser empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal, en la cual la regla general serían trabajadores oficiales.

otra cosa, sus presupuestos serán aprobados por las correspondientes juntas directivas. En todo caso, el régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que presten servicios públicos, en todo lo que no disponga directamente la Constitución, será el previsto en esta Ley. La Superintendencia de Servicios Públicos podrá exigir modificaciones en los estatutos de las entidades descentralizadas que presten servicios públicos y no hayan sido aprobados por el Congreso, si no se ajustan a lo dispuesto en esta Ley.

Parágrafo 2o. Las empresas oficiales de servicios públicos deberán, al finalizar el ejercicio fiscal, constituir reservas para rehabilitación, expansión y reposición de los sistemas.

²⁹ Sobre el particular ver sentencia de la sección segunda del consejo de Estado de 26 de junio de 2008 rad No. 2926-05, C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez

³⁰ Artículo 5º.- Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

³¹ Artículo 41. Aplicación del Código Sustantivo del Trabajo. Las personas que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas, tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en esta Ley. Las personas que presten sus servicios a aquellas empresas que a partir de la vigencia de esta Ley se acojan a lo establecido en el parágrafo del artículo 17o., se regirán por las normas establecidas en el inciso primero del artículo 5o. del Decreto-Ley 3135 de 1968. NOTA: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-253](#) de 1996.

64. La transformación de una entidad pública de establecimiento público a empresa industrial y comercial del estado, supone además del cambio de su estructura misional e institucional, la variación del régimen jurídico aplicable a sus actividades y también a sus servidores. De ahí que, existan reglas claras en el ordenamiento jurídico que definen a partir del criterio orgánico y también del funcional, qué servidores son empleados públicos y cuáles trabajadores oficiales. Es claro entonces, que por disposición del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, por regla general las personas que prestan sus servicios a las empresas industriales y comerciales del estado son trabajadores oficiales.

65. Debe dejarse claro, que la naturaleza de los servicios prestados a una entidad o institución, se determina a partir de la ubicación orgánica que se tenga en la estructura de la administración, sin considerar en detalle el régimen jurídico que gobierna el giro ordinario de sus negocios o asuntos, ni tampoco el régimen laboral de sus servidores, que sí define la fuente de los derechos salariales y prestacionales.

66. De acuerdo con lo anterior, la demandante alcanzó su estatus pensional -1 de marzo de 2001-, cuando su empleador ya se había transformado en empresa industrial y comercial del estado del orden municipal, adecuando su estructura y funcionamiento a las disposiciones generales predicables para la actividad que desarrollaba, y adquiriendo por ese solo hecho sus servidores la condición de trabajadores oficiales por regla general, salvo aquellos que por ministerio de la ley atendieran funciones de dirección control y manejo.

67. La jubilación especial de origen convencional que le fue otorgada a la accionante, se causó por el cumplimiento de 15 años de servicio en cargos especiales definidos en el instrumento extralegal, en donde no se consideró como elemento relevante el cumplimiento de una determinada edad, en promedio del 90% de lo devengado en el último año de servicio³².

68. Tal como quedó registrado en el expediente, a lo largo de su vida laboral la demandante ostentó las calidades de empleada pública³³ y también de

³² Ver acto de reconocimiento pensional, folio 23 de antecedentes administrativos.

³³ Durante 15 años aproximadamente, tiempo de servicio extraído del acto de reconocimiento.

trabajadora oficial³⁴, ésta última al momento del estatus pensional, esto es, 1 de marzo de 2001.

69. Fue entonces, el criterio orgánico, reflejado en la transformación de EMCALI, el que determinó el cambio de la clasificación de sus servidores, convirtiéndolos en trabajadores oficiales por regla general a partir del 1º de enero de 1997.

70. En este espacio de consideración es propicio recordar, que esta Sala, en debates de legalidad de reconocimiento de EMCALI³⁵, tuvo en cuenta que en desarrollo de las atribuciones conferidas por el artículo 16 del Acuerdo 014 de 1996 antes mencionado, la Junta Directiva de EMCALI, profirió la Resolución GG-7447 del 24 de noviembre de 1997, a través de la cual, clasificó los servidores públicos de la entidad; distinguiendo en este aspecto, el cargo de jefe de departamento como empleado público. Tal acto administrativo, fue declarado nulo por esta Corporación, a través de la sentencia del 23 de mayo de 2002, expediente 2873-2001, en cuanto clasificó los mencionados empleos como empleados públicos, declarando que son trabajadores oficiales, atendiendo la naturaleza de la entidad.

71. Así pues, la declaratoria de nulidad del mencionado acto supuso la inclusión de dichos cargos en el grupo de servidores que por excelencia comprenden la base de la empresa industrial y comercial del estado EMCALI, al que también perteneció la demandante en su condición de Operador II Daños Code 18100842, desde que se transformó a partir del 1 de enero de 1997.

72. En esa línea argumentativa, y a propósito de la condición de trabajador oficial de la parte demandante para detentar la pensión extralegal de la que pende la pretensión de reliquidación por reingreso al servicio, es pertinente tener en cuenta que el contenido de las cláusulas relativas a tal condición en la convención colectiva 1999-2000 de EMCALI, fueron estudiadas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia³⁶, Corporación que sobre el particular discernió:

Sobre el particular, confrontado lo que allí expresamente acordaron o pactaron las partes, con la intelección que el Tribunal le imprimió, no se encuentra de manera manifiesta o evidente que el entendimiento

³⁴ A partir del 1º de enero de 1997, durante 4 años, 2, ídem.

³⁵ Sentencias del 31 de mayo de 2016, expedientes (1497-2014), (2778-2014) y (0567-2014). Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

³⁶ Sentencia SL18469-2017 del 8 de noviembre de 2017, exp. 53429 con ponencia de Martín Beltrán Quintero.

otorgado a dicha prueba luzca absurdo o ajeno al texto literal que se acaba de reproducir. Antes, el mismo se muestra lógico y razonado, por tal razón no se configura un error de hecho evidente, en la medida que como el ámbito de aplicación de la convención colectiva de trabajo, está dirigido a regular las relaciones de la entidad con los trabajadores oficiales, no resulta ostensiblemente equivocado considerar, como lo hizo el Tribunal, que los 20 años de servicios exigidos para el reconocimiento de la pensión de jubilación, sean bajo esa forma contractual laboral propia de tales trabajadores.

En efecto, bien puede entenderse que cuando la disposición se refiere a que «jubilará a los trabajadores oficiales que hayan prestado servicios veinte (20) años...», lo que hicieron los suscribientes fue establecer una relación inescindible entre la condición de trabajador oficial y el tiempo de servicios exigido para causar la pensión de jubilación, esto es, que el período requerido para generar el derecho tenía que haberse cumplido bajo la condición única y exclusiva de trabajador oficial. El uso de una expresión específica como lo es «trabajador oficial», permite entender razonadamente, que solo es posible contabilizar el tiempo laborado de esa manera y no, como lo propone el censor, bajo cualquier clase de vinculación que prevé la ley, siempre y cuando sea en una entidad de derecho público. (Subrayas propias de la Sala)

73. Es evidente así que el contenido de la convención era el de establecer ese derecho prestacional por haberse desempeñado en la condición de trabajador oficial durante la totalidad del tiempo allí indicado, y no computar periodos servidos bajo cualquier modalidad así sean en el sector oficial.

74. Adicionalmente, debe tener en cuenta la Sala que la Junta Directiva de EMCALI en su momento, expidió la Resolución 104 del 4 de octubre de 1983³⁷, con el propósito de extender los efectos de la convención colectiva a los empleados públicos de la entidad, pero ésta fue anulada por esta Corporación mediante sentencia de 2 de octubre de 1996, exp. 11697 con ponencia de Carlos Orjuela Góngora; no obstante, sus efectos han sido importantes y considerados por la abundante jurisprudencia de la sección segunda de cara a las pensiones convencionales que se hubieren perfeccionado hasta el 30 de junio de 1997, conforme a la convalidación prevista en el artículo 146³⁸ de la Ley 100 de 1993.

³⁷ Determinante para el reconocimiento de pensiones extralegales discutidas en otros procesos, entre ellos, el 4626-16, culminado con sentencia del 14 de noviembre de 2019, con ponencia de Sandra Lisset Ibarra Vélez.

³⁸ **SITUACIONES JURÍDICAS INDIVIDUALES DEFINIDAS POR DISPOSICIONES MUNICIPALES O DEPARTAMENTALES.** Las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la presente Ley, con base en disposiciones Municipales o Departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales en favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados, continuarán vigentes.

75. Por lo anterior, en criterio de la Sala, la condición de trabajadora oficial de la parte demandante al momento del estatus, adquirida solo a partir del 1º de enero de 1997, *per se* no le asignaba el derecho a la pensión convencional de la que pende la pretensión de este proceso, así el reconocimiento no sea discutido por su previsor social, pues además de que su tiempo de servicio comprendió la condición de empleada pública, su situación pensional no se definió antes del límite temporal descrito por el legislador antes del 30 de junio de 1997, para entenderla convalidada.

76. En tal contexto, no puede pasar por alto la Sala que la mayor parte del tiempo de servicio de la parte demandante lo acumuló como empleada pública cuando EMCALI era establecimiento público, y en tal condición, de acuerdo con los razonamientos jurisprudenciales dicho periodo no resultaba válido para el reconocimiento de su pensión convencional, cuyo espíritu está referenciado a beneficiar principalmente a los trabajadores oficiales, salvo que excepcionalmente hubiere consolidado el derecho siendo empleada pública antes del vencimiento del plazo previsto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993.

77. Esta ha sido la tesis de la Sala³⁹ para resolver los conflictos relativos a la legalidad de los reconocimientos pensionales extralegales otorgados a servidores públicos de EMCALI, que en su vida laboral solo tuvieron la condición de trabajador oficial a partir del 1 de enero de 1997, producto de la transformación de la entidad a empresa industrial y comercial del estado; criterio jurisprudencial que obliga en esta oportunidad en tanto la pretensión de reliquidación de este proceso, legítimamente solo puede subsistir si el derecho principal se consolidó de acuerdo con las reglas normativas que le resulten pertinentes.

78. Por lo expuesto, a pesar de que el origen extralegal de la pensión es compatible con la reliquidación por reingreso al servicio, en esta oportunidad la Sala, no puede acceder a las súplicas de la demanda, porque el

<Expresión tachada INEXEQUIBLE> También tendrán derecho a pensionarse con arreglo a tales disposiciones, quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo, hayan cumplido ~~o cumplan dentro de los dos años siguientes~~ los requisitos exigidos en dichas normas.

Lo dispuesto en la presente Ley no afecta ni modifica la situación de las personas a que se refiere este artículo.

Las disposiciones de este artículo regirán desde la fecha de la sanción de la presente Ley.

³⁹ Ver sentencias del 14 de noviembre de 2019, expedientes, 2013-17, 2064-17, 4626-16 con ponencia de Sandra Lisset Ibarra Vélez; de la misma fecha, exp. 1628-17 y 1685-17 con ponencia de César Palomino; del 20 de noviembre de 2020, exp. 3434-15 con ponencia de Carmelo Perdomo Cuéter.

perfeccionamiento del derecho de la demandante no atendió el espíritu de que la convención solo puede beneficiar a los trabajadores oficiales, condición ésta que solo adquirió al finalizar su vida laboral y por un espacio de tiempo insuficiente para el efecto.

79. En tal virtud, se confirmará la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda, pero por las razones esbozadas en esta providencia.

80. Sin embargo, debe mencionarse que la pensión reconocida a la demandante por parte de EMCALI está sometida a condición resolutoria consistente en el otorgamiento de la pensión de vejez de parte del ente previsional de prima media al que se encuentre afiliada⁴⁰, por lo que válidamente el tiempo de servicio adicional producto de la reincorporación excepcional al servicio en la dignidad de congresista, debe ser tenido en cuenta para el reconocimiento a que haya lugar al momento de cumplir los requisitos normativos pertinentes, habida consideración que por los periodos constitucionales servidos hubo la cotización obligatoria para pensión, tal como quedó reseñado en esta providencia en el párrafo 55.4.

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:

CONFIRMAR la sentencia del 29 de noviembre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección segunda, subsección C, por la cual negó las súplicas de la demanda, en el proceso instaurado por la señora María Isabel Urrutia Ocoro contra El Fondo de Previsión Social del Congreso de la República - FONPRECON y las Empresas Públicas Municipales de Cali - EMCALI EICE ESP, pero por las razones expuestas en la parte motiva.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

⁴⁰ Acto de reconocimiento, folios 22 a 26 del cuaderno de antecedentes administrativos.

Notifíquese y cúmplase,

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

Los Consejeros,

Firmado electrónicamente
SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Firmado electrónicamente
CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Firmado electrónicamente
CARMELO PERDOMO CUÉTER

Relatoría: AJSD/Dcsg/Lmr.