

SISTEMA GENERAL DE PENSIONES - Régimen de transición: Elementos / REGIMEN DE TRANSICION DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES - Elementos

El régimen de transición, como protección legal de una expectativa legítima en el momento de cambio de legislación, tiene los siguientes elementos: a) La edad para acceder a la pensión de vejez es de 55 años para las mujeres y de 60 años para los hombres, hasta el año 2014. b) i) La edad, ii) el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y iii) el monto de la pensión, serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados, los trabajadores públicos o privados, que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan 35 años o más si son mujeres, o 40 años o más si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados. Las demás condiciones y requisitos se regirán por esta ley. c) El ingreso base de liquidación para las personas mencionadas en el literal anterior, cuando les faltaren menos de 10 años, será el promedio del devengado en tiempo que les hiciere falta, o el cotizado durante todo el tiempo si fuere superior, actualizado. El inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 señala el ingreso base para liquidar la pensión éste debe armonizarse con lo preceptuado en el inciso anterior, de tal forma que, en caso de duda, se aplique la situación más favorable al trabajador. d) Este régimen de transición no será aplicable cuando las personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad. e) Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual decidan cambiarse al de prima media, con excepción de quienes hubieron cotizado 15 o más años al momento de entrar en vigencia el sistema.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el régimen de transición de pensiones, Corte Constitucional, sentencia C-789 de 2002.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 36

MAGISTRADOS DE ALTAS CORTES - Régimen pensional: análisis de la aplicación del régimen de transición / REGIMEN PENSIONAL - De los magistrados de las Altas Cortes: análisis de la aplicación del régimen de transición

Una parte esencial del régimen de pensiones de los Magistrados de Cortes y Consejos de la Rama Judicial es el artículo 28 del Decreto 104 de 1994, cuya vigencia es anterior a la del régimen de pensiones de la Ley 100 de 1993, consistente en que el reconocimiento de la pensión se hará teniendo en cuenta los factores salariales y cuantías de los Congresistas. Los servidores públicos de la Rama Judicial se incorporaron al sistema de pensiones por el Decreto 691 de 1994, sin perjuicio de lo previsto en el Decreto 104 de 1994 y las normas que los modifiquen o adicionen. Los Magistrados que a 20 de junio de 1994 desempeñaban sus cargos en propiedad podrán pensionarse con edad de 50 años y 20 años de servicios. La cotización para quienes se encuentran en el régimen de transición es 25.5% calculado sobre el ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen, en el entendido que el 75% del aporte corresponde al empleador y el 25% restante al servidor. En los casos en que no sea aplicable el régimen de transición deben tenerse en cuenta los porcentajes y topes máximos de cotización y los montos de liquidación de pensión previstos en el artículo 2° del Decreto 314 de 1994, el monto de la pensión no podrá ser superior a 20 salarios mínimos legales mensuales.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el régimen pensional de los magistrados de las Altas Cortes, Corte Constitucional, sentencia T-214 de 1999. Sobre el régimen pensional de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 21 de noviembre de 2002, Rad. 2147-

01. Levantada la reserva legal con auto de 14 de octubre de 2009.

FUENTE FORMAL: DECRETO 104 DE 1994 - ARTICULO 28 / DECRETO 1359 DE 1993 - ARTICULO 7 / DECRETO 691 DE 1994

(05/09/21, Sala de Consulta, 1639, Ponente: Dr. JUAN MANUEL CHARRY URUEÑA; Actor: MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Conjuez ponente: JUAN MANUEL CHARRY URUEÑA

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil cinco (2005)

Radicación numero: 11001-03-06-000-2005-01639-00(1639)

Actor: MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL

Referencia: Pensiones Magistrados Cortes y Consejos

El señor Ministro de la Protección Social en consulta elevada a la Sala mediante oficio de 28 de marzo formuló las siguientes preguntas:

1.- ¿Debe entenderse que el régimen pensional especial aplicable en transición, previsto en el artículo 27 del Decreto 104 de 1994 se aplica únicamente a los servidores públicos señalados en dicha norma?

Por el contexto de la consulta, la Sala entiende que se hace referencia al artículo 28 del Decreto 104 de 1994.

Esta disposición se aplica únicamente a los servidores públicos mencionados expresamente en ella, esto es, Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. Sin perjuicio de las normas posteriores que modifican o adicionan el mencionado artículo 28.

2.- ¿Debe entenderse que el régimen pensional especial aplicable en transición, a los Magistrados de las Altas Cortes es el contenido en el artículo 27 de Decreto 104 de 1994, es decir que se equipara al de los congresistas exclusivamente en cuanto a .factores y cuantías?

Por el contexto de la consulta, la Sala entiende que se hace referencia al artículo 28 del Decreto 104 de 1994.

Debe tenerse en cuenta que el Decreto 104 de 1994, publicado en el Diario Oficial No. 41.172 de 13 de enero del mismo año, es anterior a la fecha de entrada en vigencia el Sistema, esto es, el día 1° de abril de 1994, según lo previsto por el artículo 151 de la Ley 100 de 1993. Así las cosas, este Decreto hace parte del régimen anterior, cuyos elementos son aplicables en el llamado régimen de

transición.

La disposición establece que se reconocerán las pensiones teniendo en cuenta los mismos factores salariales y cuantías de los Senadores y Representantes; por lo tanto, no hay propiamente una equiparación, sino que, en el reconocimiento de la pensión se tienen en cuenta tales factores y cuantías.

3.- Si la respuesta al interrogante anterior es negativa, ¿cuáles otros elementos, características y condiciones diferentes a los establecidos en el Sistema General de Pensiones serían aplicables a los Magistrados?

De acuerdo con la respuesta anterior, no hay otros factores o elementos a tener en cuenta.

Al respecto conviene citar la sentencia T-214 de 13 de abril de 1999, proferida por la Corte Constitucional, que en uno de sus considerandos anota:

“..., para la determinación de la pensión de los magistrados y ex magistrados de las altas cortes, las anteriores disposiciones deben ser aplicadas en armonía con aquellas que establecen el ingreso base de liquidación pensional y el porcentaje mínimo de dicha prestación para los miembros del Congreso. Dichas normas son el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 y los artículos 5º, 6º y 7º del Decreto 1359 de 1993,...

4.- ¿Deben liquidarse las pensiones de los Magistrados de las Altas Cortes con los factores salariales propios de estos cargos o con los correspondientes a un Senador de República o un Representante a la Cámara?

Se deben liquidar las pensiones de los Magistrados con los factores salariales propios de estos cargos, teniendo en cuenta o haciendo referencia paralela a los de los Congresistas.

5.- En la liquidación de las pensiones de los Magistrados de las Altas Cortes ¿la cuantía de la pensión debe equivaler al 75% del ingreso mensual promedio de durante el último año y por todo concepto percibió el Magistrado que reclama la pensión?. De no ser así, ¿Cómo se determina la cuantía?

La cuantía de la pensión de los Magistrados, en virtud de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 104 de 1994, tendría en cuenta la aplicable a los Congresistas, esto es, la prevista en el artículo 7 del Decreto 1359 de 1993, de 75% del ingreso mensual promedio durante el último año y por todo concepto devenguen los Magistrados.

6.- ¿Para acceder al Régimen de Transición de los Magistrados de las Altas Cortes debe haberse tomado posesión de tal cargo antes de la entrada en vigencia del Sistema?

No es necesario haber tomado posesión del cargo de Magistrado antes de la entrada en vigencia del Sistema.

Para acceder al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100, conforme a la sentencia C-789 de 2002 de la Corte Constitucional, se requiere de una parte ser trabajador afiliado al régimen de prima media con prestación definida y de otra, haber cumplido, al entrar en vigencia el sistema de pensiones, 35 o más años de edad, si es mujer, o 40 años o más, si es hombre, o contar con 15 años o

más de servicios cotizados, Al respecto, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia de 31 de agosto de 2000, señaló que no era necesario tener vínculo laboral vigente al entrar en vigencia el sistema, sino, encontrarse afiliado a un régimen.

Ahora bien, los Magistrados fueron incorporados al sistema de pensiones en virtud del Decreto 691 de 1994, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 104 de 1994, lo que significa que aquellas personas que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 cumplían con los requisitos del artículo 36 y posteriormente adquirieron la calidad de Magistrado, tienen derecho a que se les reconozca la pensión teniendo en cuenta los factores y cuantías de los Congresistas.

7.- Si la respuesta anterior es negativa y la persona cumple los requisitos para acceder al régimen de transición ¿hasta que fecha podría una persona tomar posesión del cargo de Magistrado de una de las Altas Cortes y acceder a los beneficios del artículo 27 del Decreto 104 de 1994?

Como la incorporación de los Magistrados al sistema de pensiones de la Ley 100 se hizo sin perjuicio de lo dispuesto en el Decreto 104 de 1994 y las normas que lo modifiquen o adicionen no existe una fecha límite para acceder a los beneficios del citado decreto.

8.- ¿Cuál sería la edad o las edades para acceder al beneficio pensional en el caso de la transición especial que se aplicaría a los Magistrados en las Altas Cortes? ¿Son las edades propias del régimen al que se encontraba afiliado cada Magistrado con anterioridad al 1º de abril de 1994 u otras?

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 47 de 1995, aquellos Magistrados que a 20 de junio de 1994 desempeñaban sus cargos en propiedad, tienen la opción de pensionarse cuando reúnan los requisitos de edad y tiempo previstos para los Congresistas en el parágrafo del artículo 3 del Decreto 1293 de 1994, o sea, 50 años de edad y 20 años de servicios.

Para quienes se encuentran en la transición dispuesta en el artículo 36 de la Ley 100 se aplicará la edad del régimen anterior al que se encontraba afiliado cada Magistrado. En el caso de los funcionarios de la Rama Judicial, el régimen anterior es el previsto en el artículo 6 del Decreto ley 546 de 1971, esto es, 55 años si son hombres o 50 años si son mujeres.

9.- ¿Las pensiones de los Magistrados que tomaron posesión de sus cargos con posterioridad al 1º de abril de 1994, cumpliendo requisitos del régimen de transición, están sujetas al límite máximo previsto en la ley para la generalidad de las pensiones, es decir 25 salarios mínimos legales mensuales?

Según el Decreto 104 de 1994 y las normas que lo modifican o adicionan, el reconocimiento de la pensión de los Magistrados se hará teniendo en cuenta los mismos factores salariales y "cuantías" de los Congresistas, lo que significa, que no podrá ser menor al 75% del ingreso mensual promedio.

10.- Si la respuesta anterior es positiva ¿Hasta que fecha se aplicaría este beneficio para quienes se encuentran dentro del régimen de transición y cual para quienes no se encuentran en dicho régimen?

No existe propiamente una fecha, lo fundamental es que se cumplan los requisitos

del régimen de transición, esto es, haber tenido al momento de entrar en vigencia la Ley 100, una edad de 35 años si son mujeres, o 40 si son hombres, o contar en esa misma fecha con 15 o más años de servicios cotizados.

11.- En concordancia con la respuesta anterior ¿Cuál es la tasa de cotización para el Sistema General de Pensiones aplicable a los Magistrados que se encuentran en el régimen de transición y cuál para quienes no se encuentran en dicho régimen?

La tasa de cotización aplicable a los Magistrados que se encuentran en el régimen de transición, no es la del régimen al que se encontraban afiliados en el momento de entrada en vigencia del nuevo régimen de pensiones de la Ley 100, sino la prevista para los Magistrados en el artículo 26 del Decreto 43 de 1999: el 25.5% calculado sobre el ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen, en el entendido que el 75% corresponde al empleador y el restante 25% al servidor, monto que rige a partir del primer período de liquidación de aportes siguiente a la entrada en vigencia del decreto.

12.- ¿Con qué factores, monto o tasa de reemplazo e ingreso base de liquidación debe liquidarse la pensión de un exmagistrado que cuenta con los requisitos del régimen de transición y que cumple 20 años de servicio en esa calidad, sin cumplir con el requisito de edad y posteriormente se vincula a otro régimen y continua cotizando con un ingreso inferior? ¿Debe tomarse como ingreso base de liquidación el promedio de los últimos 10 años y la tasa correspondiente al número de semanas cotizadas o debe tomarse el último ingreso como Magistrado y aplicar el 75%? ¿Qué entidad reconocería esta pensión aquella en la cual estaba afiliado cuando cumplió los 20 años de servicio o aquella que se encuentra afiliado con posterioridad?

Los factores y cuantías para el reconocimiento de la pensión, como se anotó anteriormente, son los que corresponden a los Congresistas. En virtud del Decreto 691 de 1994, los servidores públicos de la Rama Judicial se encuentran incorporados al Sistema General de Pensiones, en consecuencia, la liquidación debe efectuarse tomando el ingreso como Magistrado y aplicando el 75%. El reconocimiento lo debe hacer la entidad a la cual se encuentre afiliado.

13.- En un supuesto similar al anterior ¿Qué ocurre si la persona cumple los 20 años de servicio en la condición de Magistrado pero no tiene los requisitos para acceder al régimen de transición?

Sí una persona no cumple con los requisitos del régimen de transición, se aplica lo previsto en el artículo 25, inciso tercero, del Decreto 682 de 2002, que remite a los montos de liquidación dispuestos en el artículo 2 del Decreto 314 de 1994: "no podrá ser superior a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales".

Posteriormente, el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público en consulta elevada a la Sala mediante oficio de 27 de abril formuló las siguientes preguntas:

1.- ¿Tienen derecho al régimen de transición de Magistrados de Altas Cortes quienes a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones no eran Magistrados de una Alta Corte y estaban vinculados a una entidad privada y por lo tanto cotizaban al ISS? o estaban vinculados a otra entidad del sector público y por lo tanto les era aplicable otro régimen de transición? O estaban vinculados a la rama judicial en un cargo diferente de Magistrado de Alta Corte? o no se encontraban vinculados a ningún régimen? En caso

negativo a qué régimen de transición tendrían derecho en cada uno de los casos?

Se encuentran en el régimen de transición quienes cumplan los requisitos del artículo 36 de la Ley 100. Ahora bien, el Decreto 104 de 1994 y las disposiciones que lo adicionen o modifiquen, constituyen parte esencial del régimen de los Magistrados cuya vigencia es anterior a la del sistema general de pensiones. Así las cosas, quienes se encuentran en el régimen de transición por cumplir cualquiera de los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 y después adquieren la calidad de Magistrados tienen derecho a que se les reconozca la pensión, teniendo en cuenta los mismos factores salariales y cuantías de los Congresistas.

2.- ¿Para tener derecho a la edad del régimen de transición previsto por el Decreto 546 de 1971 para la rama judicial, el funcionario debe haber cumplido a la fecha de la vigencia del Sistema General de Pensiones con los requisitos señalados en esta norma, es decir, veinte años como servicio público de los cuales 10 hayan sido prestados en la Rama Judicial o el Ministerio Público o puede pensionarse con esta edad si los 20 años resultan de la sumatoria de tiempos públicos y privados como lo permite la ley 71 de 1988, a pesar de que en estos casos esta ley exige una edad superior?

Si se cumple con los requisitos de edad (35 años mujeres o 40 años hombres) o con los 15 o más años de cotización, previstos en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100, se tiene derecho a pensión con la edad del régimen anterior al que se encontraba afiliado; uno de los regímenes anteriores podría ser el establecido en el Decreto 546 de 1971; en ese caso debe darse cumplimiento a sus disposiciones.

Una persona se encontrare sujeta al régimen del Decreto Ley 546 de 1971, podría obtener la pensión con 55 años si es hombre, o 50 años si es mujer, siempre que haya prestado 20 años de servicios continuos o discontinuos, y diez (10) de ellos lo hayan sido en la Rama Judicial o Ministerio Público. En este caso, la pensión será por un monto equivalente al 75% de la asignación más elevada que hubiere devengado en el último año de servicios. Si no hubiere prestado 10 años de servicios en la Rama Judicial o el Ministerio Público, la pensión se liquidará en la forma ordinaria establecida para los empleados de la Rama Administrativa. Debe notarse que se refiere a la liquidación y no a los requisitos para adquirir el derecho, por lo tanto se liquida por el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, según preceptúa el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 o aquellas que la modifiquen o adicionen.

3.- Cuál es el Ingreso Base de Liquidación-IBL- para los funcionarios judiciales que no tienen transición de Magistrado de Altas Cortes, a estos funcionarios se les aplica en inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993 como a todos los demás que se encuentran en un régimen de transición distinto?

Los funcionarios judiciales, que no se encuentren en el régimen de Magistrados de las Altas Cortes, y bajo el régimen del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conforme con lo dispuesto en el inciso segundo de la citada disposición, tienen derecho a que el monto de la pensión de jubilación sea el establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados; por lo tanto, si bien es cierto que el inciso tercero del mismo artículo señala el ingreso base para liquidar la pensión, éste debe armonizarse con lo preceptuado en el inciso anterior, de tal forma que, en caso de duda, se aplique la situación más favorable al trabajador, conforme a lo previsto en sentencia de 21 de noviembre de 2002 de el Consejo de Estado, Sección

Segunda, Consejero Ponente Doctor Tarsicio Cáceres.

Para absolver los interrogantes, la Sala se sustenta en las siguientes disposiciones y pronunciamientos judiciales:

I. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. Artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

A. Disposiciones Legales.

El texto del artículo 36 señala:

"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.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. [Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.]¹

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación con prestación definida.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, confirme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.

¹ Texto declarado ininequible.

PARÁGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (lo) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio."

Sin perjuicio de precisiones que se incorporan más adelante para los efectos de esta consulta, se destacan los siguientes elementos de la norma:

- a) La edad para acceder a la pensión de vejez es de 55 años para las mujeres y de 60 años para los hombres, hasta el año 2014.
- b) i) La edad, ii) el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y iii) el monto de la pensión, serán las establecidas en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados, quienes al momento de entrar en vigencia el sistema, habían cumplido 35 años de edad o más si son mujeres, o 40 años o más si son hombres, o contaban con 15 años o más de servicios cotizados. Las demás condiciones y requisitos se regirán por esta ley.
- c) El ingreso base de liquidación para las personas mencionadas en la letra (b) anterior, en caso de faltarles menos de 10 años, será el promedio del devengado en el tiempo que les hiciera falta, o el cotizado durante todo el tiempo si fuere superior, actualizado.
- d) Este régimen de transición no será aplicable cuando las personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad.
- e) Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual decidan cambiarse al de prima media.

Posteriormente, las leyes 797 y 860 modificaron el inciso segundo de la disposición. a la postre declarados INEXEQUIBLES, por vicios de trámite, mediante sentencia C-1056 de 2003 y por la C-754 de 2004, también por vicios de trámite y por no tener armonía con los criterios expuestos en la sentencia C-789 de 2002. El inciso cuarto y quinto fueron declarados EXEQUIBLES CONDICIONADOS según sentencia C-789 de 2002, en la cual la Corte Constitucional señaló:

"En tal medida, la Corte establecerá que los incisos 4° 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 resultan exequibles en cuanto se entienda que los incisos no se aplican a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados para el momento de entrada en vigor del sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del mismo estatuto.

Por supuesto, esto no significa que las personas con más de 15 años cotizados, y que se encuentran en el sistema de ahorro individual con solidaridad, se les calcule su pensión conforme al régimen de prima media, pues estos dos regímenes son excluyentes. Como es lógico, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona."

B. Jurisprudencia Constitucional.

La Sala considera importante citar algunas de las sentencias de la Corte Constitucional, relacionadas con la disposición anteriormente transcrita.

1.- Sentencia C-754 de 2004, en la que reiteró lo expuesto en sentencia C-789 de 2000, así:

"De las consideraciones transcritas se desprende, sin lugar a dudas, que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 i)"(c)onstituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho,

por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionares, en el momento del tránsito legislativo"; ii., que este instrumento ampara a los trabajadores, hombres y mujeres, "que al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones", tuvieran más de cuarenta años o treinta y cinco años respectivamente, y a quienes, "independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados"; y iii) que los amparados por este régimen "si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionares, en el momento del tránsito legislativo". (Se subraya)

Se destaca que el régimen de transición protege legalmente la expectativa de quienes están próximos a adquirir el derecho, en el momento de tránsito legislativo.

2.- Sentencia C-789 de 2002. que en sus considerandos enuncia los siguientes criterios al respecto:

3.- *"Es importante resaltar que tanto los trabajadores del sector público como los del sector privado pueden elegir libremente entre cualquiera de estos dos regímenes -(prima media y ahorro individual)- que estimen más conveniente."*

En la misma sentencia, la Corte más adelante señala:

"siendo el régimen de transición reconocido únicamente para los trabajadores que estaban afiliados al régimen de prima media con prestación definida y que al entrar en vigencia el sistema de pensiones tenían 35 o más años, si eran mujeres, o 40 años o más, si se trataba de hombres, o llevaban 15 o más años de servicios cotizados, siempre y cuando en ambos supuestos, en ese momento tuvieran vigente el vínculo laboral (...) Por su parte, el artículo 151 de la misma Ley establece: "Vigencia del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1o. de abril de 1994..."

Y continúa:

"Lo anterior significa que el régimen de transición se reconoce a una categoría determinable de trabajadores vinculados al régimen de prima media con prestación definida antes de la Ley 100 de 1993, siendo necesario para hacer parte de dicha categoría, confOrnie lo establece la ley, cumplir con los requisitos mencionados."

Después, precisa:

"La creación de un régimen de transición constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionares, en el momento del tránsito legislativo." (Se subraya)

Ahora bien, para que se aplique el régimen de transición es necesario que no se haya renunciado al régimen de prima media:

"En efecto, al entrar a regir la Ley 100 de 1993, una de las condiciones para ser beneficiario del régimen de transición y tener la expectativa de acceder al régimen de transición era precisamente no renunciar al sistema de prima media con prestación definida. Por lo tanto, no puede afirmarse que las personas que renuncian a este sistema se les hubiera siquiera frustrado una expectativa legítima, pues para las personas que no han adquirido el derecho a la pensión, pero tienen la edad para estar en el régimen de transición, ésta existe como tal, únicamente en la medida en que cumplan con no renunciar al régimen de prima media."

Lo anterior, se reitera:

"De conformidad con los incisos demandados, no serán beneficiarios del régimen de transición quienes se hayan trasladado voluntariamente al

sistema de ahorro individual con solidaridad (inciso 4°), así posteriormente se ha'yan devuelto al de prima media con prestación definida (inciso 5°), a pesar de que cumplieran con la edad, y tuvieran afiliación vigente al entrar en vigencia el sistema de pensiones. A estas personas, en lugar de aplicárseles las condiciones del régimen anterior al cual estaban afiliados, se les aplican las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, con respecto a la edad, al tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y al monto de la pensión."

No obstante lo anterior, se establece:

"Como se desprende de la lectura de/inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme lo establece el artículo 151 de dicha ley.

A su vez, como se desprende del texto del inciso 4°, este requisito para mantenerse dentro del régimen de transición se les aplica a las dos primeras categorías de personas; es decir. a las mujeres mayores de treinta y cinco y a los hombres mayores de cuarenta. Por el contrario, ni el inciso 4°, ni el inciso 5° se refieren a la tercera categoría de trabajadores, es decir, quienes' contaban para la fecha (1° de abril de 1994) con quince años de servicios cotizados. Estas personas no quedan expresamente excluidos del régimen de transición al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al inciso 4°, y por supuesto, tampoco quedan excluidos quienes se trasladaron al régimen de prima media, y posteriormente regresan al de ahorro individual, conforme al inciso 5°.

El intérprete podría llegar a concluir, que como las personas con más de quince años cotizados se encuentran dentro del régimen de transición, a ellos también se les aplican las mismas reglas que a los demás, y su renuncia al régimen de prima media daría lugar a la pérdida automática de todos los beneficios que otorga el régimen de transición, así después regresen a dicho régimen. Sin embargo, esta interpretación resulta contraria al principio de proporcionalidad"

Y concluye, sobre ese punto:

"Por lo tanto, las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida, tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior, siempre y cuando:

a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y

b)Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

En tal evento, el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida."

En síntesis se señala: En primer lugar que el sistema comprende a los trabajadores públicos y privados, y que pueden escoger libremente entre los dos regímenes de pensiones; en segundo lugar, que el régimen de transición se aplica a los trabajadores afiliados al régimen de prima media, con vinculo laboral al entrar en vigencia el sistema de pensiones; en tercer lugar, que se trata de la protección a una expectativa legítima; en cuarto lugar, que para ser beneficiario del régimen de transición, era necesario no haber renunciado al régimen de prima media al

momento de entrada en vigencia de la Ley 100 y, para ser beneficiario del régimen de transición; en quinto lugar, que se exceptúan de lo anterior, quienes hubieren cotizado durante quince años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones y que habiendo renunciado al régimen de prima media hayan vuelto a éste y dicho ahorro no sea inferior al aporte legal correspondiente.

3.- Sentencia C-168 de 1995, por la cual se declaró la EXEQUIBILIDAD del inciso segundo, en la cual la Corte consideró:

"Adviértase, cómo el legislador con estas disposiciones legales va más allá de la protección de los derechos adquiridos, para salvaguardar las expectativas de quienes están próximos por edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas a adquirir el derecho a la pensión de vejez, lo que corresponde a una plausible política social que, en lugar de violar la Constitución, se adecua al artículo 25 que ordena dar especial protección al trabajo." (Se subraya)

Más adelante, refiriéndose al inciso tercero, declara INEXEQUIBLE uno de sus apartes, y señala al respecto:

"No acontece lo mismo con el aparte final del inciso tercero del artículo 36, objeto de impugnación, en el que sí se consagra una discriminación, que la Corte encuentra irrazonable e injustificada, para efectos de la liquidación de la pensión de vejez entre los trabajadores del sector privado, y los del sector público, pues mientras para los primeros se toma como base el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años de servicios, para los segundos, tal promedio se calcula solamente sobre lo devengado en el último año, desigualdad que contraría el artículo 13 del Estatuto Superior.

En este orden de ideas, son pues exequibles los incisos segundo y tercero del artículo 36, materia de impugnación, con excepción del aparte final de este último que prescribe: "Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos", el cual es INEXEQUIBLE."

C. Jurisprudencia Contencioso Administrativa.

1.- Sentencia de 21 de noviembre de 2002. Sección Segunda:

La Corporación consideró que en caso de duda en la interpretación de los incisos 2° y 3° del artículo 36 de la Ley 100, se debe aplicar la norma más favorable en virtud del artículo 53 de la Constitución Política:

"En resumen, el servidor público sometido al régimen de transición del artículo 36.2 de la Ley 100 de 1993 (que en materia pensional quedó bajo el imperio del régimen legal prestacional anterior en los aspectos relevantes determinados de edad pensional, tiempo de servicio pensional y monto pensional), en el evento que para el 1° de abril de 1994 no hubiera cumplido "todos" los requisitos pensionales y continuó en servicio después

de esa fecha, se tiene que la liquidación y reconocimiento pensional continúan bajo el régimen pensional anterior a que estaba sometido, conforme a los criterios sostenidos por la Jurisdicción, pues no es posible aceptar que por esa circunstancia (haber cumplido "todos" los requisitos después de la fecha prevista en la ley y continuar en servicio) desaparezca la protección legal pensional conferida y se desnaturalice la "transición" consagrada, más cuando surge una duda entre la aplicación del régimen anterior pertinente y lo dispuesto en el inc. 30 del art. 36 de la precitada ley, en cuyo evento se debe aplicar la norma más favorable que es la del régimen antiguo relevante conforme al artículo 53 de la Carta Política."

2.- Sentencia de 31 de agosto de 2000. Sección Segunda.

La Corporación estimó que no era necesario tener un vínculo laboral vigente, para

efectos del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100, así:

"El 'régimen anterior al cual se encuentren afiliados' exigido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede ser entendido como sinónimo del vínculo laboral vigente, ya que es posible que antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, se tengan 15 o más años de servicios cotizados y por circunstancias, a la entrada en vigencia del régimen, el interesado no tenga vínculo laboral. Esta hipótesis no podría entenderse como un impedimento para acceder al beneficio que establece la Ley, el 'régimen anterior al cual se encuentren afiliados' hace referencia a servicios prestados o cotizados antes de la entrada en vigencia del régimen establecido en la Ley 100 de 1993, no al vínculo laboral vigente en ese momento."

La Sala encuentra más que razonable la consideración transcrita y la acepta en su integridad.

En consecuencia, el régimen de transición, como protección legal de una expectativa legítima en el momento de cambio de legislación, tiene los siguientes elementos:

- a) La edad para acceder a la pensión de vejez es de 55 años para las mujeres y de 60 años para los hombres, hasta el año 2014.
- b) i) La edad, ii) el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y iii) el monto de la pensión, serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados, los trabajadores públicos o privados que al momento de entrar en vigencia el sistema tenían 35 años o más en el caso de las mujeres, o 40 años o más si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados; las demás condiciones y requisitos se regirán por esta ley.
- c) El ingreso base de liquidación para las personas mencionadas en la letra (b) anterior, cuando les faltare menos de 10 años, será el promedio del devengado en el tiempo que les hiciera falta, o el cotizado durante todo el tiempo si fuere superior, actualizado.
- d) Este régimen de transición no será aplicable cuando las personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad.
- e) Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual decidan cambiarse al de prima media. Con excepción de quienes hubieron cotizado 15 o más años al momento de entrar en vigencia el sistema.

II. PENSIONES DE MAGISTRADOS DE LAS CORTES Y CONSEJOS

A. Disposiciones

1.- El Decreto Ley 546 de 1971 estableció el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares. El artículo 6° del citado Decreto señala:

"Artículo 6°. Los funcionarios y empleados a que se refiere este decreto — léase de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público — tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres, y 50 si son mujeres, y cumplir 20 años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la rama jurisdiccional o al ministerio público, o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75 % de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las citadas actividades."

2.- El Decreto 104 de 1994, dictado en desarrollo de la Ley 4 de 1992, en su artículo 28, dispuso:

"A los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se les reconocerán las pensiones teniendo en cuenta los mismos factores salariales y cuantías de los Senadores de la República y Representantes a la Cámara en

los términos establecidos en las normas legales vigentes."

No sobra anotar que este decreto dictó disposiciones en materia salarial y prestacional de la Rama Judicial y del Ministerio Público, con efectos fiscales a partir del 1 de enero de ese mismo año.

La Ley 4ª de 1992 contiene normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de conformidad con el Artículo 150, numeral 19, literales e) y f), en su artículo 4º dispone que el Gobierno anualmente modifique el sistema salarial correspondiente.

Si bien es cierto que es discutible la vigencia anual o permanente de la disposición transcrita, en los años siguientes el Gobierno expidió decretos de esta misma naturaleza consignando la disposición en términos similares con algunas modificaciones.

3.- El Decreto 691 de 1994, en su artículo 1, incorporó al Sistema General de Pensiones de la Ley 100 a los servidores públicos de la Rama Judicial, así:

*"Incorporación de servidores públicos. Incorpórase al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1.993 a los siguientes servidores públicos:
b) Los servidores públicos del Congreso de la República, de la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la organización electoral y la Contraloría General de la República.*

Parágrafo. La incorporación de los servidores públicos de que trata el presente Decreto se efectuará sin perjuicio de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1.993, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 104 de 1.994, Decreto 314 de 1.994 y Decreto 1359 de 1.993 y las normas que los modifiquen y adicionen." (Se subraya)

Debe en cualquier caso considerarse que tal incorporación se hizo sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 104 de 1994, ya citado, y las normas que lo modifiquen y adicionen y así mismo, que dicha incorporación se efectuó conforme a lo previsto en el artículo 273 de la Ley 100, que establece, que el Gobierno sujetándose a los principios y criterios de esta ley, en especial a los artículos 11 y 36, respetando los derechos adquiridos, podrá incorporar a los servidores públicos al sistema general de pensiones.

Para los Magistrados esta incorporación implica el ingreso al sistema de pensiones, con la previsión del artículo 28 del Decreto 104 de 1994, esto es, el derecho a que se les reconozca la pensión teniendo en cuenta los mismos factores salariales y cuantías de los Senadores y Representantes a la Cámara. También implica, para quienes cumplen con los requisitos del artículo 36 de la Ley 100, la aplicación del régimen de transición, esto es, que la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión debe ser el establecido en el régimen anterior al que se encontraban afiliados al momento de entrar en vigencia el sistema.

4.- El Decreto 47 de 1995, artículo 28, prácticamente reproduce la disposición correspondiente del Decreto 104 de 1994, y adiciona un régimen de transición, así:

"Artículo 28. A los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se les reconocerán las pensiones teniendo en cuenta los mismos factores salariales y cuantías de los Senadores de la República y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas legales vigentes.

Los Magistrados señalados en el inciso anterior que al 20 de junio de 1994 desempeñaban sus cargos en propiedad en las citadas corporaciones, podrán optar por pensionarse cuando reúnan los requisitos de edad y tiempo de servicios señalados para los Congresistas en el parágrafo del artículo 3º del

Decreto 1293 de 1994."

El primer inciso mantiene el régimen pensional de los Magistrados establecido en el artículo 28 del Decreto 104 de 1994. El segundo inciso dispone un régimen de transición según el cual, los Magistrados que a 20 de junio de 1994 desempeñaban los cargos en propiedad "podrán optar" por pensionarse cuando reúnan los requisitos de edad y tiempo señalados para los Congresistas, esto es, lo previsto en el Decreto 1359 de 1993 que establece la edad prevista el artículo lo, parágrafo 2 de la Ley 33 de 1985 (50 años mujeres y 55 años hombres) y 20 años de servicios continuos o discontinuos en entidades de derecho público, o que hayan cumplido y cotizado en el sector privado de conformidad con lo previsto en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988.

El referido artículo 3o del Decreto 1293 de 1994, dice:

"ARTICULO 3o. BENEFICIOS DEL REGIMEN DE TRANSICION Los senadores y representantes que cumplan con alguno de los requisitos previstos en el artículo anterior, tendrán derecho al reconocimiento de su pensión de jubilación cuando cumplan con los requisitos de edad y tiempo de servicios o número de semanas cotizadas establecidos en el Decreto 1359 de 1993, así como el monto de la pensión, forma de liquidación de la misma e ingreso base de liquidación establecidos en el mismo decreto.

Los empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión Social del Congreso que cumplan con alguno de los requisitos previstos en el artículo anterior, tendrán derecho al reconocimiento de su pensión de jubilación cuando cumplan con los requisitos de edad, tiempo de servicios, número de semanas cotizadas y el monto de la pensión establecidos en el artículo 20 del Acuerdo 26 de 1986, del Fondo de Previsión Social del Congreso, aprobado por el Decreto 2837 de 1986.

PARAGRAFO. El régimen de transición de que trata el presente artículo se aplicará también para aquellos senadores y representantes que durante la legislatura que termina el 20 de junio de 1994 tuvieron una situación jurídica consolidada al cumplir antes de dicha fecha, veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos en una o diferentes entidades de derecho público incluido el Congreso de la República, o que los hubieran cumplido y cotizado en parte en el sector privado y ante el Instituto de Seguros Sociales en cualquier modalidad. En cuanto a la edad de jubilación se aplicará lo dispuesto en el literal b) del artículo 2o del Decreto 1723 de 1964, es decir que tales congresistas, una vez cumplido el tiempo de servicios aquí previsto podrán obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación a la edad de cincuenta (50) años." (Se subraya)

La disposición pertinente del Decreto 1359 de 1993 a su vez precisa:

"ARTÍCULO 7o. DEFINICION. Cuando quienes en su condición de Senadores o Representantes a la Cámara, lleguen o hayan llegado a la edad que dispone el artículo lo, parágrafo 2o de la Ley 33 de 1985 y adicionalmente cumplan o hayan cumplido 20 años de servicios, continuos o discontinuos en una o en diferentes entidades de derecho público incluido el Congreso de la República, o que los hayan cumplido y cotizado en parte en el sector privado y ante el Instituto colombiano de Seguros Sociales, conforme a lo dispuesto en el artículo 7o de la Ley 71 de 1988, tendrán derecho a una pensión vitalicia de jubilación que no podrá ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio, que durante el último año y por todo concepto devenguen los Congresistas en ejercicio, de conformidad con lo establecido en los artículos 5o y 6o de presente Decreto." (Se subraya)

La parte pertinente del artículo 1, parágrafo 2 de la Ley 33 ordena:

"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 o

cincuenta y cinco (55) sin 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." (Se subraya)

- 5.- El Decreto 34 de 1996, artículo 28, reproduce la disposición anterior correspondiente del Decreto 47 de 1995.
- 6.- El Decreto 47 de 1997, artículo 25, reproduce la disposición anterior de los Decretos 34 de 1996 y 47 de 1995.
- 7.- El Decreto 65 de 1998, artículo 25, reproduce la disposición anterior de los decretos citados e incorpora al Procurador General de la Nación y otros servidores del Ministerio Público.
- 8.- El Decreto 43 de 1999, en sus artículos 25 y 26 establece:

"ARTÍCULO 25. Los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, los Procuradores Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y ante el Consejo de Estado, que a lo de abril de 1994 desempeñaban sus cargos en propiedad y cumplían las condiciones previstas por el inciso 2o del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, podrán pensionarse teniendo en cuenta los mismos factores y cuantías de los Senadores de la República y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas vigentes.

Los Magistrados señalados en el inciso anterior podrán también pensionarse cuando reúnan los requisitos de edad y tiempo de servicio señalados para los Congresistas en el párrafo del artículo 3o del Decreto 1293 de 1994. (Expresión subrayada, nula según sentencia 8 de julio de 2002, exp. 2890-99)

ARTÍCULO 26. El monto de las cotizaciones para el Sistema General de Pensiones de los servidores públicos a que hace referencia el artículo anterior será el establecido para los Senadores y Representantes en literal a) del artículo 6o del Decreto 1293 de 1994, calculado sobre el ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Magistrados, en el entendido que el 75% del aporte corresponderá al empleador y el 25% restante al servidor.

El monto de las cotizaciones establecido en el presente artículo regirá a partir del primer período de liquidación de aportes siguiente a la entrada en vigencia de/presente decreto."

Conviene al respecto citar los considerandos de la sentencia de 25 de julio de 2002, que declaró la nulidad de la expresión subrayada del artículo 25, anteriormente transcrito, que dice:

"A partir de la expedición del Decreto 104 del 13 de enero de 1994 v hasta el año 1998 inclusive, el Gobierno Nacional expidió sucesivos decretos, reiterando que a los

Magistrados de la Altas corporaciones de Justicia se les reconocerían las pensiones teniendo en cuenta los mismos factores salariales y cuantías que a los Senadores y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas legales vigentes.

Tales decretos fueron los siguientes: 47 de 1995 artículo 28; 34 de 1996 artículo 28; 47 de 1997 artículo 25; 65 de 1998 artículo 25.

En todos ellos se expresó que los Magistrados mencionados "... Se les reconocerán las pensiones teniendo en cuenta los mismos factores y cuantías de los Senadores y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas legales vigentes"

Fue solo el Decreto 043 de 1999 en cuyo artículo 25 - demandado - se condicionó el reconocimiento de la pensión a que tales funcionarios debían cumplir además las condiciones señaladas en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (edad, tiempo de servicio o cotizaciones) y

también, estar desempeñando los cargos en propiedad al 1° de abril de 1994. Ninguno de tales condicionamientos se encontraban en las normas superiores vigentes pues el Decreto 104 de 1994 se limitó a disponer que a los Magistrados de la Altas Cortes se les debían reconocer las pensiones teniendo en cuenta los mismos factores salariales y cuantía de los Senadores de la República y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas legales vigentes, vale decir, las contenidas en los artículos 6y 6 del Decreto 1359 de 1993.

La norma cuestionada exige que para que tales Magistrados accedan a la pensión teniendo en cuenta los mismos factores y cuantías de los Congresistas, debían desempeñar los cargos en propiedad a 1° de abril de 1994y cumplir las condiciones previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al incluir requisitos nuevos no previstos en la Ley para acceder al beneficio especial acerca de la forma de liquidar las pensiones de jubilación, incurre en contradicción con el ordenamiento superior, pues ninguna norma lo dispone y dicho régimen por comprender aspectos de seguridad social, su regulación es de competencia del legislador, dado que el artículo 48 de la Carta Política dispone que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se presta con observancia de los principios en ella señalados, en los términos que establezca lo Lev.

Ya la jurisprudencia del Consejo de Estado ha fijado, los alcances de la expresión "... será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados..." a que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para diferenciar aquel requisito del que le introduce el decreto acusado "...desempeñaba sus cargos en propiedad el 1° de abril de 1994".

En efecto, en sentencia de agosto 31 de 2000, expediente No. 16.717, la Sección Segunda de la corporación al resolver la acción pública de nulidad dirigida contra el Decreto Reglamentario 813 de 1994, en uno de sus apartes expreso:

"El "régimen anterior al cual se encuentren afiliados" exigido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede ser entendido como sinónimo de vínculo laboral vigente, ya que es posible que antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, se tengan quince (15) o más años de servicios cotizados y por circunstancias, a la entrada en vigencia del régimen, el interesado no tenga por vínculo laboral. Esta hipótesis no podría entenderse como un impedimento para acceder al beneficio que establece la Ley, El "régimen anterior al cual se encuentren afiliados" hace referencia a servicios prestados o cotizados antes de la entrada en vigencia del régimen establecido en la Ley 100 de 1993, no al vínculo laboral vigente en ése momento".

Las razones que anteceden permiten concluir que la disposición acusada, expedida en el año 1999 se ocupe de una materia propia del legislador, estableciendo nuevos requisitos no consagrados en las normas superiores para la asimilación de los factores salariales y cuantías que se deben tener en cuenta para el cálculo de las pensiones de los Senadores y representantes a las que les corresponda devengar a los Magistrados de las Altas Cortes

En consecuencia, se declarará la nulidad del inciso 1° del artículo 25 del Decreto 043 de 1999 en el segmento que dice "... que al 10 de abril de 1994 desempeñaban sus cargos en

propiedad y cumplían las condiciones previstas por el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993".

Entiende la Sala que la disposición citada tiene efectos sin la expresión anulada, en consecuencia, los Magistrados podrán pensionarse teniendo en cuenta los factores salariales y cuantías de los Senadores y Representantes a la Cámara en

los términos establecidos en las normas vigentes; también podrán pensionarse cuando reúnan los requisitos de edad y tiempo previstos en el artículo 3 del Decreto 1293 de 1994, que **como** se explicó anteriormente, es de 50 años para las mujeres, 55 **arios** para los hombres y 20 años de servicio.

De otra parte, el artículo 26 se ocupa del monto de las cotizaciones, remite al literal a) del artículo 6 del Decreto 1293 de 1994, que señala:

"a). Para el sistema de pensiones, el porcentaje de cotización será del 25.5% del ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los congresistas, de los cuales el Congreso de la República aportará el 75% y el 25% restante estará a cargo de los congresistas.

Los senadores y representantes tendrán a su cargo el aporte adicional de un punto porcentual sobre su base de cotización destinado al Fondo de Solidaridad Pensional."

De manera que, el monto de las cotizaciones para el Sistema de Pensiones de los Magistrados de las Cortes y Consejos de la Rama Judicial será del 25.5% calculado sobre el ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen, en el entendido que el 75% del aporte corresponde al empleador y el 25% restante al servidor, monto que rige a partir del primer período de liquidación de aportes siguiente a la entrada en vigencia del decreto.

9.- Especial mención requiere el artículo 28 del mismo Decreto 43 de 1999, que dice:

"Los servidores mencionados en el artículo 25 del presente decreto, que hayan adquirido la calidad de Magistrados con posterioridad a la fecha de causación del derecho a adquirir una pensión diferente, tendrán derecho a que se les reliquide la pensión teniendo en cuenta las semanas adicionales de cotización."

En sentencia de 25 de julio de 2002, el Consejo de Estado declaró la nulidad, con fundamento en las siguientes consideraciones:

"Efectivamente, como se plantea en la demanda, la redacción de la norma transcrita es confusa, antitécnica, y si del ejercicio de la potestad reglamentaria se tratara, desbordaría dicha facultad, puesto que ninguna disposición legal autoriza la reliquidación de las pensiones en el sentido que la sugiere el artículo censurado. Se causa una pensión, cuando se han reunido los requisitos de edad y tiempo de servicio señalados en las normas legales correspondientes; su causación no es sinónimo de reconocimiento. De ahí que la disposición acusada al señalar que quienes adquieran la calidad de Magistrados con posterioridad a la fecha de causación de una pensión diferente, resulte confusa, antitecnica y hasta absurda como se afirma en la demanda, pues el ordenamiento no contempla la posibilidad de que se reliquide una pensión que aún no se ha reconocido.

La Ley contempla la figura del reajuste anual de pensiones, para que éstas no pierdan su poder adquisitivo (Ley 100 de 1993. art. 14). y algunas disposiciones especiales contemplan la posibilidad de que el petionario que se reincorpore se revise su pensión, cuando sea nuevamente retirado, sin embargo, el ordenamiento jurídico no prevé reliquidación bajo las condiciones señaladas en el artículo 28 del Decreto 043 de 1999 demandado. Se declarará la nulidad del mismo, por ser violatorio del ordenamiento superior. La Sala acoge los planteamientos expuestos por el Agente del Ministerio Público en cuanto estima que esta disposición resulta ilegal en la medida en que crea de manera retroactiva un nuevo sistema pensional."

10.- No obstante lo anterior, el Decreto 2739 de 2000, artículo 25, dispuso:

"Los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, los Procuradores Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y ante el Consejo

de Estado, que a lo. de abril de 1994 desempeñaban sus cargos en propiedad y cumplían las condiciones previstas por el inciso 2o. del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, podrán pensionarse teniendo en cuenta los mismos factores y cuantías de los Senadores de la República y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas vigentes.

Los Magistrados señalados en el inciso anterior podrán también pensionarse cuando reúnan los requisitos de edad y tiempo de servicio señalados para los Congresistas en el parágrafo del artículo 3o. del Decreto 1293 de 1994.

En los casos en que no sea aplicable el régimen de transición de los Magistrados de las altas cortes deberán tenerse en cuenta los porcentajes y topes máximos de cotización y los montos de liquidación de pensión previstos en el artículo 2o. del Decreto 314 de 1994."

Como la sentencia que declaró nula la expresión "que al 1° de abril de 1994 desempeñaban sus cargos en propiedad y cumplían las condiciones previstas por el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993" del inciso primero del artículo 25 del Decreto 043 de 1999 fue proferida el 25 de julio de 2002, se explica que la disposición citada como las expedidas en los años 2001 y 2002 reproduzcan la expresión anulada, no ocurre lo mismo con las disposiciones expedidas posteriormente. Sin embargo, para efectos de la inaplicación de todas las disposiciones que comprenden la expresión nula por limitar el derecho constitucional a la seguridad social, en particular el derecho a la pensión de jubilación. no tiene relevancia la época de expedición.

El tercer inciso de la norma transcrita, establece que en caso de no aplicarse el régimen de transición se deberán tener en cuenta los porcentajes y topes máximos de cotización y los montos de liquidación previstos en el artículo 2° del Decreto 314 de 1994. que precisa:

"En desarrollo del parágrafo tercero del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, el monto de las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, para los afiliados al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, no podrá ser superior a veinte (20) salarios

1111'17i1110S legales mensuales.-

No debe olvidarse que el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 no comprende la cotización, (sí el monto de la pensión), como tampoco el previsto en el artículo 28 del Decreto 47 de 1995.

11.- El Decreto 1474 de 2001, artículo 25, repite lo previsto en el artículo 25 del Decreto 2739 de 2000.

12.- El Decreto 2724 de 2001. artículo 25. repite las disposiciones anteriores. 13.- El Decreto 682 de 2002, en sus artículos 25, 26 y 27, dispone:

"ARTÍCULO 25. Los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, los Procuradores Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y ante el Consejo de Estado, que a lo. de abril de 1994 desempeñaban sus cargos en propiedad y cumplían las condiciones previstas por el inciso 2o. del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, podrán pensionarse teniendo en cuenta los mismos factores y cuantías de los Senadores de la República y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas vigentes.

Los Magistrados señalados en el inciso anterior podrán también pensionarse cuando reúnan los requisitos de edad y tiempo de servicio señalados para los Congresistas en el parágrafo del artículo 3o. del Decreto 1293 de 1994.

En los casos en que no sea aplicable el régimen de transición de los Magistrados de las altas cortes deberán tenerse en cuenta los porcentajes y topes máximos de cotización y los montos de liquidación de pensión previstos en el artículo 2o. del Decreto 314 de 1994."

ARTÍCULO 26. El monto de las cotizaciones para el Sistema General de Pensiones de los servidores públicos a que hace referencia el artículo anterior será el establecido para los Senadores y Representantes en literal a) del artículo 6o. del Decreto 1293 de 1994, calculado sobre el ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Magistrados, en el entendido que el 75% del aporte corresponderá al empleador y el 25% restante al servidor.

El monto de las cotizaciones establecido en el presente artículo regirá a partir del primer período de liquidación de aportes siguiente a la entrada en vigencia del presente decreto.

ARTÍCULO 27. Los servidores mencionados en el artículo 25 del presente decreto, que hayan adquirido la calidad de Magistrados con posterioridad a la fecha de causación del derecho a adquirir una pensión diferente, tendrán derecho a que se les reliquide la pensión teniendo en cuenta las semanas adicionales de cotización."

La disposiciones citadas reproducen las correspondientes del Decreto 2739 de 2000 ya analizadas.

En cuanto al artículo 27. que reproduce el artículo 28 del Decreto 43 de 1999 declarado nulo, se deberá inaplicar por violación al régimen de pensiones.

14.- El Decreto 3568 de 2003, en sus artículos 25, 26 y 27, reprodujo los respectivos del Decreto 682 de 2002.

15.- El Decreto 4171 de 2004. artículo 25, establece:

"Artículo 25. El monto de las cotizaciones para el Sistema General de Pensiones de los Magistrados y de los Procuradores Delegados ante la Corte Suprema de justicia y ante el Consejo de Estado, que se encuentren en el régimen de transición de la ley 100 de 1993, será el establecido para los Senadores y Representantes en el literal a) del artículo 6° del decreto 1293 de 1994, calculado sobre el ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Magistrados, en el entendido que el 75 % del aporte corresponderá al empleador y el 25 % restante al servidor."

16.- El Decreto 935 de 2005, artículo 25, reproduce el correspondiente del Decreto 4171 de 2004.

En síntesis, el artículo 28 del Decreto 104 de 1994, constituye una parte esencial del régimen aplicable a los Magistrados antes de la entrada en vigencia del régimen de pensiones de la Ley 100 de 1993, pues en virtud del artículo 151 entró a regir el 1° de abril de 1994, consistente en que el reconocimiento de la pensión se hará teniendo en cuenta los factores salariales y cuantías de los Congresistas. Los servidores públicos de la Rama Judicial se incorporaron al sistema de pensiones por el Decreto 691 de 1994, sin perjuicio de lo previsto en el Decreto 104 de 1994 y las normas que los modifiquen o adicionen.

Los Magistrados que a 20 de junio de 1994 desempeñaban sus cargos en propiedad podrán pensionarse con edad de 50 años y 20 años de servicios.

La cotización para quienes se encuentran en el régimen de transición es 25.5% calculado sobre el ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen, en el entendido que el 75% del aporte corresponde al empleador y el 25% restante al servidor.

En los casos en que no sea aplicable el régimen de transición deberán tenerse en cuenta los porcentajes y topes máximos de cotización y los montos de liquidación de pensión previstos en el artículo 2° del Decreto 314 de 1994, el monto de la pensión no podrá ser superior a 20 salarios mínimos legales mensuales.

III. CONCLUSIÓN.

1.- El régimen de transición, como protección legal de una expectativa legítima en el momento de cambio de legislación, tiene los siguientes elementos:

- a) La edad para acceder a la pensión de vejez es de 55 años para las mujeres y de 60 años para los hombres, hasta el año 2014.

- b) i) La edad, ii) el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y iii) el monto de la pensión, serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados, los trabajadores públicos o privados, que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan 35 años o más si son mujeres, o 40 años o más si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados. Las demás condiciones y requisitos se regirán por esta ley.
- c) El ingreso base de liquidación para las personas mencionadas en el literal anterior, cuando les faltaren menos de 10 años, será el promedio del devengado en tiempo que les hiciera falta, o el cotizado durante todo el tiempo si fuere superior, actualizado.
El inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 señala el ingreso base para liquidar la pensión éste debe armonizarse con lo preceptuado en el inciso anterior, de tal forma que, en caso de duda, se aplique la situación más favorable al trabajador.
- d) Este régimen de transición no será aplicable cuando las personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad.
- e) Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual decidan cambiarse al de prima media, con excepción de quienes hubieron cotizado 15 o más años al momento de entrar en vigencia el sistema.

2.- Una parte esencial del régimen de pensiones de los Magistrados de Cortes y Consejos de la Rama Judicial es el artículo 28 del Decreto 104 de 1994, cuya vigencia es anterior a la del régimen de pensiones de la Ley 100 de 1993, consistente en que el reconocimiento de la pensión se hará teniendo en cuenta los factores salariales y cuantías de los Congresistas.

Los servidores públicos de la Rama Judicial se incorporaron al sistema de pensiones por el Decreto 691 de 1994, sin perjuicio de lo previsto en el Decreto 104 de 1994 y las normas que los modifiquen o adicionen.

Los Magistrados que a 20 de junio de 1994 desempeñaban sus cargos en propiedad podrán pensionarse con edad de 50 años y 20 años de servicios.

La cotización para quienes se encuentran en el régimen de transición es 25.5% calculado sobre el ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen, en el entendido que el 75% del aporte corresponde al empleador y el 25% restante al servidor.

En los casos en que no sea aplicable el régimen de transición deben tenerse en cuenta los porcentajes y topes máximos de cotización y los montos de liquidación de pensión previstos en el artículo 2° del Decreto 314 de 1994, el monto de la pensión no podrá ser superior a 20 salarios mínimos legales mensuales.

Por último la Sala de conjueces considera su deber registrar que no concuerda con la apreciación del Ministro de la Protección Social que al destacar las razones que lo condujeron a presentar la Consulta, atribuye las desigualdades de la aplicación normativa a las diversas interpretaciones de las autoridades judiciales.

En efecto, como surge sin esfuerzo de los fundamentos de las respuestas dadas a los cuestionarios formulados con ocasión de la presente consulta. Tal situación tiene sus raíces en el caos normativo generado por las autoridades de la Rama Ejecutiva, que de manera poco ortodoxa dictan normas que carecen de claridad en lo que se refiere a su alcance y contenido, así como en lo que se refiere a la vigencia de las mismas, sin considerar que éstas afectan derechos tan básicos como los referenciados en la ley de seguridad social. Esta falta de armonía regulatoria o normativa se evidencia en los resultados de esta consulta en la que, a la postre, la Sala se ha dedicado a establecer cuál fue al parecer la voluntad del Ejecutivo que en desarrollo de las facultades para regular las Leyes Marco, produce reglas que los jueces se han esforzado por armonizar con los principios y disposiciones constitucionales y legales; vale decir que tal como se destaca en las

respuestas fue necesario en varios aspectos trabajar insólitamente en la búsqueda de las interpretaciones más coherentes.

MARTHA CEDIEL DE PEÑA
Presidente-Conjuez

JUAN MANUEL CHARRY URUEÑA
Conjuez-Ponente

MARCEL SILVA ROMERO
Conjuez

AUGUSTO TRUJILLO MUÑOZ
Conjuez

MARIA AMANDA BELTRAN GALEANO
Secretaria (E)