

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"

MAGISTRADO PONENTE: DR. ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO

Bogotá, D.C., mayo veintinueve (29) de dos mil tres (2003)

Referencia: Expediente No. 3054-02

Radicación: 25001-23-25-000-1999-6490-02

Actor: TOMÁS JAVIER DÍAZ BUENO

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 8 de febrero de 2002 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

TOMÁS JAVIER DÍAZ BUENO por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el art. 85 del C.C.A., demandó del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la nulidad parcial de las Resoluciones 00791 de 5 de febrero de 1998, 004272 de 15 de marzo de 1999 y 000221 de 26 de agosto

de 1999 expedidas por el Instituto de Seguros Sociales por medio de las cuales le reconoció la pensión mensual vitalicia de jubilación.

La declaración de nulidad de las anteriores resoluciones es parcial, en la medida en que no se impugnan tales actos en cuanto reconocen el derecho a la pensión, sino en cuanto desconocen el régimen especial que en materia de pensiones gobierna a los magistrados de las altas cortes, y al fijar la cuantía, señala un valor arbitrario, injusto e ilegal.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos acusados y a título de restablecimiento del derecho, pretende se condene al Instituto de Seguros Sociales a reconocerle y pagarle la pensión de jubilación en cuantía del 75% de los ingresos percibidos durante el último año de servicio y que expresamente se declare que esta prestación por disposición legal, no está sometida a tope alguno. Si para la fecha en que deba cumplirse la sentencia el S.S. hubiere hecho algún pago por concepto de la mesada pensional, se ordene pagar la diferencia que resulte, en valores debidamente actualizados.

Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda, los hace consistir en que, con el lleno de los requisitos legales TOMÁS JAVIER DÍAZ BUENO, el 30 de julio de 1997 presentó ante el S.S., solicitud de reconocimiento y pago de la pensión especial vitalicia de jubilación que ampara a los magistrados de las altas cortes.

Para la fecha en que formuló la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, cumplía con los requisitos de edad y tiempo de servicio, pues demostró haber nacido el 10 de marzo de 1934, es decir para esa época tenía más de 60 años de edad y acreditaba un tiempo de servicios de 34 años, 6 meses, 27 días.

Lo amparaba el régimen de transición, porque para el 1º del abril de 1994, cuando entró a regir la ley 100/93, había cumplido 60 años de edad y acreditaba tiempo de servicio por más de 20 años.

El S.S. mediante el primero de los actos acusados – Resolución No. 00791 de 5 de febrero de 1998, le reconoció la pensión de jubilación. En sus consideraciones expresó que la Caja Nacional de Previsión, mediante Resolución No. 025986 de 23 de noviembre de 1997 aceptó la cuota parte que el S.S. consultó y reconoció la pensión en cuantía de \$2.318.625, a partir del 1º de marzo de 1998.

El actor, inconforme con la aludida resolución, por no haber reconocido la pensión de conformidad con las previsiones de los Decretos 1359 de 1993, 1293 de 1994 y 104 de 1994, interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación.

La reposición fue resuelta mediante Resolución No. 004272 de 15 de marzo de 1999, modificando la resolución antes citada, "...en

el sentido de establecer que la cuantía de la pensión por aportes a reconocer al señor Tomás Javier Díaz Bueno c.c. 1.375.824, corresponde a \$2.699.404, valor que se cancelará una vez se acredite el retiro definitivo del servicio..”.

En las consideraciones de esta resolución expresó que de conformidad con lo ordenado por el artículo 25 del Decreto 65 de 1998, la pensión de jubilación debe ser liquidada teniendo en cuenta los mismos factores salariales devengados por los congresistas, en los términos establecidos en las normas legales vigentes, esto es decreto 1359 de 1993, con un 75% del promedio de lo devengado por todo concepto durante el último año, sin que esté sujeta a límite alguno en cuanto al monto de la pensión.

Conforme a las pruebas allegadas, sobre los ingresos percibidos durante el último año de servicio, arrojó un ingreso base de liquidación de \$11.128.827 del cual el 75% es de \$8.346.620, que corresponden a la cuantía de la mesada pensional que se debe asignar a partir del retiro definitivo del servicio.

No obstante en la parte resolutive de esta resolución –004272 de 15 de marzo de 1999-, ordenó pagarla en la suma de \$2.699.404. Obedeció esta decisión a que el S.S. mediante oficio 8375 de 15 de septiembre de 1998, consultó la cuota parte a CAJANAL y esta entidad guardó silencio. Por ello consideró el S.S. que no le quedaba otro camino que efectuar la liquidación, sin tener en cuenta el mayor valor a cargo de la Nación.

Por lo anterior, el demandante interpuso acción de tutela, mediante la cual, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura concluyó que con tal proceder el S.S. violó al demandante el debido proceso administrativo, ordenando en consecuencia la protección de los derechos fundamentales, disponiendo para el efecto que en el término de 48 horas el S.S. debería resolver el recurso de apelación, teniendo en cuenta los principios fundamentales previstos en el art. 53 de la Carta Política, atendiendo las instrucciones impartidas en la parte considerativa de la misma providencia, es decir que tuviera en cuenta que la pensión del demandante equivalía al 75% de lo devengado en el último año de servicio, con la advertencia de que la prestación no estaba sometida a topes o límites máximos.

El S.S. mediante resolución 000221 de 26 de agosto de 1999, aclaró el artículo 1º de la Resolución 000791/98, en el sentido de reconocer la pensión por aportes, a partir de la fecha en que acredite el retiro del servicio, en cuantía de \$2.699.404.00. Adoptó esta decisión, en consideración a que para acceder al régimen especial de pensiones previsto en el decreto 1293 de 1994, se requería estar desempeñando el cargo de Consejero de Estado, a 1º de abril de 1994, y como el actor no desempeñaba dicho cargo para esa fecha, no le asistía el derecho al régimen especial.

Normas violadas: *Invocó las siguientes: C.N., arts. 1, 13, 25, 48 y 53; Ley 4ª de 1994, arts. 16 y 17; Ley 100 de 1993 arts. 11 y 36; Decreto 2921 de 1948; Ley 33 d3 1985; Decreto 691 de 1994;*

Decreto 104 de 1994; Decreto 1359 de 1994; Decreto 47 de 1995; Decreto 34 de 1996; Decreto 47 de 1997; Decreto 64 de 1998 y Decreto 043 de 1999.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la sentencia objeto del recurso de apelación, declaró la nulidad parcial de los actos acusados y a título de restablecimiento del derecho ordenó al Presidente o Gerente de Pensiones del Seguro Social Seccional Cundinamarca, reconocer, liquidar y pagar la pensión de jubilación a TOMÁS JAVIER DÍAZ BUENO, aplicando el régimen normativo especial que cobija a los Congresistas, es decir, en cuantía del 75% del ingreso mensual promedio devengado por todo concepto durante el último año de servicio, con la advertencia de que esta pensión no está sujeta a tope o límite de la cuantía.

Ordenó al Instituto demandado pagar la diferencia entre el valor de las mesadas pensionales reliquidadas y el valor de las que hubieren sido pagadas, descontando el valor de los aportes que debieron entregarse al S.S. sobre los salarios devengados por el demandante.

Para adoptar la decisión, transcribió y acogió las consideraciones expuestas por la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia SU-1354/00 de 4 de octubre de

2000 – sentencia de revisión dentro de la acción de tutela que había instaurado TOMÁS JAVIER DÍAZ BUENO.

En la referida sentencia, señaló que tratándose de personas que han ocupado cargo de alta jerarquía dentro de la estructura del Estado la Corte ha aceptado la posibilidad de que el legislador pueda establecer regulaciones especiales en materia de pensión, tanto en lo que atañe con el tiempo de servicio, la edad, el sistema de aportes y los elementos de la remuneración que han de tenerse en cuenta para su liquidación. Para ese efecto, transcribió la parte pertinente de lo que la misma Corporación expuso en la sentencia C-608, en la cual examinó la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 e hizo énfasis en que el legislador previó para los magistrados de las altas cortes, entre otros, un régimen pensional especial, según el cual el monto no puede ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto, percibe el congresista; así lo reconoció expresamente en los fallos de tutela T-456/94, T-463/95 y 214/99, en los cuales la Corte concedió la tutela interpuesta por altos funcionarios públicos a quienes se les aplicaba la ley 4/92 y los decretos del Gobierno que la desarrollan, al determinar que se les debía dar un tratamiento igualitario o se encontraban en inminente peligro de muerte y que no existía medio de defensa judicial suficientemente idóneo y ágil para conjurar el perjuicio sufrido por los accionantes al no haberseles reconocido la pensión de jubilación de acuerdo con la normatividad pertinente y concordante con la posición de

jerarquía y dignidad ocupada por ellos dentro de la estructura del Estado.

En el asunto sometido a revisión, encontró la Corte Constitucional, ambigüedad en la motivación de los actos expedidos por el S.S. que resolvieron la solicitud de pensión del Dr. Díaz Bueno, puesto que en las Resoluciones 791/98 y 4272/99 se expresó que éste tiene derecho a una pensión por aportes según la ley 100/93 y a renglón seguido indica que tiene derecho a una pensión sin límite con base en el promedio de lo devengado en el último año de servicio, sólo que por no haber aceptado la Nación la cuota parte de lo que le corresponde sufragar como concurrente al pago de la pensión, no es posible la aplicación del referido régimen.

En la Resolución 221 de 26 de agosto de 1999 se dice que el régimen pensional de los magistrados de las altas cortes es igual al de los congresistas, con fundamento en la normatividad referida, aunque a juicio del S.S. lo que se debe aplicar al Dr. Díaz Bueno es un régimen de transición con fundamento en el art. 36 de la ley 100/93 y en los decretos 1293 de 1994, 043 de 1999 (art. 25), por no haber tenido aquél la calidad de Consejero de Estado a 1º de abril de 1994.

Precisó la Corte que si bien el decreto 1293 de 1994 dispone que el sistema general de pensiones de la ley 100/93 se aplica entre otros a los Senadores y Representantes con excepción de los cubiertos por el régimen de transición regulado en sus artículos

2, 3 y 4, sus beneficiarios, (según dicho régimen de transición que se remite igualmente al régimen de transición de la ley 100/93, art. 36) son quienes hayan cumplido 40 años si son hombres o 35 años o más de edad si son mujeres, y hayan cotizado o prestado servicios durante 15 años o más, pero el párrafo de dicho artículo indica:

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 de derecho público incluido el Congreso de la República, o que los hubieren cumplido o 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.

Anotó igualmente la Corte Constitucional que en los decretos 47 de 1995 (art.28), 34/96 (art. 28), 47/97 (art.25 y 65/98 (art.25) se reitera que el régimen pensional aplicable a los magistrados de las altas cortes, es el mismo de los congresistas y que podrán pensionarse cuando cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicio señalado en el párrafo 3º del decreto 1293 de 1994, esto es 20 años de servicio y 50 años de edad, sin hacer referencia al régimen de transición a que alude el art. 36 de la ley 100/93.

Solamente el artículo 25 del decreto 43 de 1999 que reitera lo anterior expresa que para que los magistrados de las altas cortes tengan derecho a esta pensión se requiere que a 1º de abril de 1994 hayan desempeñado sus cargos en propiedad y cumplan las condiciones previstas por el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

El exmagistrado TOMÁS JAVIER DÍAZ BUENO, ingresó al Consejo de Estado el 1º de junio de 1996 y se retiró el 8 de marzo de 2000, luego de haber llegado a la edad de retiro forzoso. Cuando ingresó a dicha Corporación, estaba vigente el Decreto 34 del 5 de enero de 1996, que en su primer inciso dispuso que a los Magistrados de las altas Cortes se les debían reconocer 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. Sin embargo, podían optar por pensionarse cuando reunieran los requisitos de edad y tiempo de servicio señalado para los congresistas en el parágrafo del artículo 3º del Decreto 1293 de 1994, opción que naturalmente no podía ejercer el actor, porque para esa época no era Consejero de Estado. En cambio sí se le aplica lo previsto en el artículo 7º del Decreto 1359 de 1993, que permite obtener el derecho a la pensión a los Senadores y Representantes que lleguen a la edad de 55 años y cumplan o hayan cumplido 20 años de servicio continuos o discontinuos en una o diferentes entidades de derecho público y cotizado en parte en el sector privado y ante el I.S.S. Dicha norma no fue derogada ni tácita ni expresamente por el Decreto 1293 de 1994, ni por los

Decretos 47 de 1995, 34 de 1996, 47 de 1997 y 65 de 1998. Realmente, expresó la Corte, se introdujo una modificación sustancial al régimen pensional de los magistrados de las altas cortes, en el sentido de que para acceder a la prestación, deben estar desempeñando el cargo a 1º de abril de 1994 y cumplir las demás condiciones establecidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, fue en el Decreto 043 de 1999.

A juicio de la Corte el cambio que introdujo el mencionado Decreto, cuya legalidad no entró a cuestionar, no afectó al Dr. DÍAZ BUENO, en razón a que la preceptiva aplicable era la establecida en el artículo 7º del Decreto 1359 de 1993, esto es, 20 años de servicio en el sector público o privado y 55 años de edad, habiendo cumplido su status antes de la vigencia del Decreto 43/93; por ende sus disposiciones no le eran aplicables.

Concluyó la Corte Constitucional en el fallo de tutela objeto de examen, que la actuación del I.S.S. vertida en los actos censurados configuró una vía de hecho, en ella se revela un ejercicio arbitrario e irracional de sus competencias, que desborda manifiestamente los límites de la legalidad, con desconocimiento del derecho al debido proceso del actor.

Expresa en sus párrafos finales:

Aun cuando el S.S. consideró que al demandante se le aplicaba el régimen especial de los congresistas, contradictoriamente decidió que a su situación no le era aplicable dicho régimen, por la circunstancia de no haber aportado al Gobierno Nacional los valores correspondientes según el monto de sus ingresos

salariales, ni aceptado la cuota parte de la pensión que debía asumir.

De este modo, el S.S. se arrogó una función que no le estaba atribuida al imponer una carga desproporcionada al demandante, en el sentido de obligarlo a adelantar las gestiones ante el Gobierno APRA que éste cumpliera con las obligaciones que en materia de seguridad social le corresponde para efectos de asegurar el pago de su pensión en la cuantía establecida por la respectiva normatividad jurídica.

Es al S.S. y no al demandante a quien le corresponde exigir del Gobierno el pago de los referidos aportes y de la cuota parte con que debe concurrir al pago de la pensión, el S.S. omitió realizar un trámite necesario para asegurar el pago de la pensión de aquél, que sólo a él correspondía.

Al estimar el S.S. que el actor tenía derecho a la pensión, pero que no la podía reconocer por la circunstancia anotada, que como se anotó resulta injustificada, desconoció sin fundamento serio y objetivo el status de pensionado adquirido por aquel cuando ingresó al Consejo de Estado, el cual no ofrecía duda.

Al ignorar el régimen especial que debía aplicarse para liquidar la pensión del consejero Díaz Bueno, y al invocar la preceptiva de la Ley 100 de 1993 el S.S. desconoció sus derechos a la igualdad y a la subsistencia digna, pues no es justo que a aquél se le haya dado un tratamiento diferente al que corresponde a los demás magistrados de las altas cortes, y que, además no se le asegure una mesada pensional acorde con el decoro y la dignidad del alto cargo que desempeñó.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Recurrieron el fallo de primera instancia, el Ministerio de Hacienda mediante apoderado y el defensor del S.S.

El apoderado del Ministerio de Hacienda solicita se revoque el fallo de primera instancia dejándola sin efecto, previo el trámite de Ley, de conformidad con las razones planteadas en el incidente (fl. 346).

El apoderado del I.S.S. (fls. 364 a 368) pretende se revoque el fallo apelado y en su lugar se denieguen las súplicas de la demanda, en razón a que a su parecer el actor no era beneficiario del régimen de transición, por lo cual no le eran aplicables las previsiones del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior por cuanto en desarrollo del Decreto 1293 de 1994 se estableció que el régimen de transición para Senadores y Representantes, se aplicaría también a aquellas personas que hubieren sido Senadores o Representantes con anterioridad al 1º de abril de 1994. En consecuencia, en dicha fecha el actor ha debido estar vinculado al Consejo de Estado, lo cual no sucedió.

Ahora bien, en cuanto al monto de la pensión que es el tema controvertido, el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, estableció que las pensiones reconocidas con posterioridad a la vigencia de la Ley 4ª de 1992, no estarán sujetas al límite establecido en la Ley 71 de 1988 “Al continuar produciendo efectos jurídicos la Ley 4ª de 1976 y 71 de 1988 en cuanto a derechos adquiridos se entiende que éstos derechos debieron estar consolidados al haber adquirido el beneficiario el status, dentro de la vigencia de tales normas, lo que no acontece en este caso.”.

El Ministerio Público:

La Procuradora Segunda ante el Consejo de Estado en su intervención, solicita se desestime la nulidad procesal formulada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y se revoque el fallo apelado y en su lugar se denieguen las súplicas de la demanda, con fundamento en las razones que a continuación se resumen:

Sobre la nulidad planteada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que hace consistir en que al admitir la demanda, no se le vinculó al proceso. Considera la Agente del Ministerio Público que no existía litisconsorcio necesario.

El Ministerio Público estima que no era necesaria la integración al proceso del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en razón a que el obligado a responder por el reconocimiento y pago de la pensión es la institución de previsión social a la cual estaba afiliado el actor.

En lo relacionado con el fondo del asunto, solicita se revoque la decisión de primera instancia que accedió a las súplicas, y en su lugar se denieguen, en consideración a que el demandante se posesionó en el cargo de Consejero de Estado el 1º de junio de 1996, fecha para la cual ya se había incorporado a los congresistas al sistema de la ley 100/93, sin que se hubiese hecho

ninguna salvedad para ellos por no estar contemplados en el art. 279 de la citada ley, como régimen especial. En esas condiciones el actor tendría derecho a que se le aplicara la ley 100/93.

Para resolver, se

CONSIDERA

Antes de entrar al examen del fondo del asunto, se decide el incidente de nulidad planteado por el Ministerio de Hacienda, quien considera que existe nulidad procesal por no habersele vinculado al proceso, dado que al pago de la pensión concurren el S.S. con el 52.51% y CAJANAL 47.49%. El Fondo de Pensiones Públicas de Nivel Nacional como una cuenta de la Nación sustituirá a la Caja Nacional de Previsión en lo relacionado con el pago de pensiones de vejez o jubilación. Como el S.S. tiene derecho a exigir de la Nación la cuota parte en el pago de la pensión, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, debió ser citado al proceso.

La Sala encuentra infundada la nulidad procesal planteada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en los términos antes señalados, en razón a que la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión debe formularse ante la entidad de previsión a la cual se encuentre afiliado el destinatario, y la entidad obligada a su pago, repite contra las demás entidades obligadas, como lo prevén , tanto el art. 1º del Decreto 2921 de 1948 como el art. 2º

de la ley 33 de 1985. Se desestima en consecuencia el incidente de nulidad.

En lo relacionado con el fondo del asunto, se observa:

El I.S.S., mediante el primero de los actos acusados – Resolución No. 00791 de 5 de febrero de 1998- encontró acreditado que para el 30 de julio de 1997, fecha en que TOMÁS JAVIER DÍAZ BUENO formuló la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión contaba con más de sesenta (60) años de edad y según la historia laboral, sumaba un tiempo de servicios de 34 años, 6 meses, 27 días. Observó también el S.S. que según certificación que obra en el expediente, en la misma época se desempeñaba como Magistrado del Consejo de Estado en propiedad. Estos extremos no son objeto de discusión y gozan de respaldo probatorio.

Se impetra la nulidad parcial de los actos inicialmente individualizados, en razón a que mediante ellos se reconoció la pensión mensual vitalicia de jubilación al demandante, no obstante se le ha desconocido el régimen especial de pensiones que el ordenamiento jurídico ha previsto para los Magistrados de las altas cortes.

En orden a resolver el problema jurídico planteado, en primer término se referirá la Sala a las disposiciones legales sobre las cuales se estructura dicho régimen especial.

Para dilucidar el problema jurídico planteado, es preciso no perder de vista que antes de la expedición de las leyes 4ª de 1992 y 100 de 1993, en materia de pensión de jubilación, a los servidores de la Rama Judicial se les aplicaba la ley 33 de 1985, la cual en su artículo 1º señalaba la regla general según la cual, el empleado oficial que hubiera servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegara a la edad de cincuenta y cinco (55) años, tenía derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pagara una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que hubiera servido de base para los aportes durante el último año de servicio.

En el inciso segundo del artículo 1º de la ley 33 de 1985 dispuso que no quedaban sujetos a la regla general antes señalada los empleados oficiales que trabajaran en actividades que por su naturaleza justificaban la excepción, ni aquellos que por ley disfrutaran de un régimen especial de pensiones.

Los servidores de la Rama Judicial disfrutaban de un régimen especial de pensiones previsto en el Decreto Ley 546 de 1971, por lo tanto a aquellos servidores que en vigencia de la citada ley 33 de 1985, cumplieran los presupuestos señalados en el artículo 6º del citado Decreto 546 de 1971, los cobijaba dicho régimen especial, el cual subsiste para aquéllos servidores, incluidos los Magistrados de las altas cortes, a quienes los beneficia el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100/93.

Hechas las anteriores aclaraciones, se advierte que a partir de la expedición de las leyes 4ª de 1992 y 100 de 1993, el régimen pensional de los magistrados de las altas cortes que no estén amparados por el decreto 546 de 1971, tomó otro rumbo, dentro del cual se les aplica el régimen que beneficia a los Congresistas como a continuación se explica:

La Ley 4ª de 1992 señaló las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para fijar el régimen prestacional de tales servidores, ordenó que se tendrían en cuenta unos mínimos criterios, entre ellos que se no podría en ningún caso desmejorar sus prestaciones sociales, y el respeto por los derechos adquiridos.

La Ley 4ª de 1992, en su artículo 17, dispuso:

El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores. Aquéllas y éstas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año y que por todo concepto, perciba el Congresista y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal.

Parágrafo: *La liquidación de pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decrete la jubilación, el reajuste o la sustitución respectiva.*

La Corte Constitucional mediante sentencia C-608 de 1999, declaró exequible la norma antes transcrita, al estimar que el legislador podía establecer regímenes especiales en materia de salarios y prestaciones para determinados funcionarios, dadas las altas responsabilidades a su cargo. Así lo puso de presente también en la sentencia SU-1354/2000, por medio de la cual la Sala Plena de la misma Corporación revisó la acción de tutela que como mecanismo transitorio había interpuesto el ex Magistrado TOMAS JAVIER DIAZ BUENO y que sirvió de fundamento al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para dictar la sentencia de primera instancia.

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 17 de la ley 4ª de 1992, antes transcrito, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1359 del 12 de julio de 1993, que estableció un régimen especial de pensiones, así como reajustes y sustituciones de las mismas, aplicable a los Senadores y Representantes a la Cámara, el cual en el artículo 7º dispone:

Artículo 7º. Definición. *Cuando quien en su condición de Senadores o Representantes a la Cámara lleguen o hayan llegado a la edad que dispone el artículo 1º, 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 ante 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 del presente decreto.

El precepto antes transcrito contempla algunos aspectos que identifican el régimen especial de pensiones en referencia, a saber:

Edad

Permite a sus destinatarios que “... lleguen o hayan llegado a la edad que dispone el artículo 1º parágrafo 2º de la ley 33 de 1985...” acceder a la pensión, siempre y cuando cumplan con las otras exigencias que la misma disposición prevé. La edad que dispone el parágrafo 2º del artículo 1º de la ley antes citada, se refiere a la establecida en las disposiciones sobre edad que regían con anterioridad.¹

En armonía con lo anterior, el Decreto 1293 de 1994, por el cual se establece el régimen de transición de los senadores, representantes, empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión Social del Congreso, en el artículo 1º dispuso que el sistema general de pensiones contenido en la ley 100 de 1993, se aplica a los servidores antes mencionados, con excepción

¹ Se aclara que la edad señalada en el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, no es la indicada en la regla general que fija la Ley, sino la edad que establecen las normas especiales que regían con anterioridad, a ellos remite el mencionado artículo y no es otro que el Decreto 1723 de 1964 que en su artículo 2º, literal b), exige la edad de 50 años. Posteriormente el Decreto 1293 de 1994, remite a la misma norma como más adelante se explica.

de los cubiertos por el régimen de transición, y en el art. 2º prescribió:

Artículo 2.- Régimen de transición de los senadores, representantes, empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión social del congreso.

Los senadores, los representantes, empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión social del Congreso, tendrán derecho a los beneficios del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993, siempre que a 1 de abril de 1994 hayan cumplido alguno de los siguientes requisitos:

- a. Haber cumplido cuarenta (40) años o más de edad si son hombres, o treinta y cinco (35) o mas años de edad si son mujeres;*
- b. Haber cotizado o prestado servicios durante quince (15) años o más.*

El artículo 3º del decreto 1293 de 1994, señala los beneficios que otorga el régimen de transición, entre ellos, el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación cuando cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicios o número de semanas cotizadas establecidas 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.

El párrafo del mismo artículo 3º, del Decreto 1293 de 1994, dispuso:

Parágrafo. *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 hubiere cumplido o cotizado en parte en el sector privado y ante el Instituto de Seguros Sociales y 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 servicio aquí previsto, podrá obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación a la edad de cincuenta (50) años.*

En resumen, los destinatarios del régimen de transición, y con él, del régimen especial de pensiones en examen, acceden a dicha prestación, a la edad de cincuenta años.

Cuantía de la pensión

Desde la expedición de la misma ley marco (Ley 4ª/92, art. 17), al señalar que el Gobierno Nacional establecería un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas, previó que aquéllas y éstas no podrían ser inferiores al 75% del promedio que durante el último año y por todo concepto, perciba el congresista. En idénticos términos, contempló la cuantía de esta

prestación el artículo 7º del decreto 1359 de 1993, y lo reiteró el artículo 3º del decreto 1293 de 1994.²

Tiempo de servicios

Otra característica especial que identifica a este régimen de pensiones, es la posibilidad que tienen sus beneficiarios de completar los veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos en diferentes entidades de derecho público, incluido el Congreso de la República, o que los han 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.

Las anteriores referencias son indispensables, puesto que a los magistrados de las altas cortes los ha venido cobijando el régimen especial de pensiones que beneficia a los congresistas, tal como se estableció desde la expedición del decreto 104 de 1994 y lo reiteraron posteriores decretos.

En efecto, en el decreto 104 de 13 de enero de 1994 se dictaron unas disposiciones en materia salarial y prestacional de la Rama Judicial, del Ministerio Público y de la justicia penal militar. En el artículo 28, dispuso:

² Esta pensión, como lo señaló tanto la Corte Constitucional en la sentencia SU-1354 de 4 de octubre de 2000, dentro de la acción de tutela que instauró el actor, no está sujeta a tope o límite de la cuantía.

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.

A este propósito, la Corte Constitucional en la sentencia SU-1354/2000, referida en los antecedentes de esta providencia, en uno de sus apartes expresó:

Igualmente es de anotar, que los decretos 47/95 (art.28), 34/96 (art.28), 47/97 (art.25) y 65/98 (art.25) se reitera que el régimen aplicable a los magistrados de las altas cortes es el mismo de los congresistas y que podrán optar por pensionarse cuando cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicios señalados en el parágrafo del artículo 3º del decreto 1293 de 1994, esto es veinte (20) años de servicio en el sector público o privado afiliados al I.S.S. y cincuenta (50) años de edad, sin hacer referencia alguna a la aplicación del régimen de transición a que alude el art. 36 de la ley 100/93.”

En el año de 1993 se expidió la Ley 100, por la cual se crea el sistema de seguridad social. Expresamente señaló a quiénes no se aplicaba esta Ley, contempló el régimen de transición y conservó los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores y dispuso que dicho sistema regiría a partir del 1º de abril de 1994.

Mediante el Decreto 691 de 1994, el Gobierno nacional incorporó al Sistema General de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, entre otros, a los servidores públicos del Congreso de la República, de la Rama Judicial, del Ministerio Público, de la Fiscalía General de la Nación, la organización electoral y la Contraloría General de la República.

En el párrafo del artículo 1º de este decreto, dispuso:

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 1993 y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 104 de 1994, decreto 314 de 1994 y Decreto 1359 de 1993 y las normas que los modifiquen y adicionen.

Las normas antes citadas y transcrita su parte pertinente explican las razones por las cuales a los Magistrados de las Altas Cortes los ha venido amparando el mismo régimen pensional que a los Congresistas, el cual se ha mantenido en los decretos que sucesivamente ha venido expidiendo el Gobierno Nacional..

Así mismo, lo anterior explica la razón por la cual la ley 100/93, en el art. 273 dispuso que el gobierno nacional, sujetándose a los objetivos, criterios y contenidos que se expresan en la misma ley y en particular a lo establecido en los artículos 11 y 36 de la misma, podrá incorporar, respetando los derechos adquiridos a los servidores públicos, aún a los congresistas, al sistema general de pensiones y al sistema general de seguridad social en salud.

Significa lo anterior que tanto los congresistas beneficiarios del régimen de transición, regulados por el régimen especial de pensiones de acuerdo con la normatividad antes citada, como los magistrados a quienes se les hizo extensivo dicho régimen, no son objeto de incorporación al sistema general de pensiones previsto en la ley 100/03, aunque voluntariamente podían optar por uno de los regímenes establecidos en la misma ley.³

Precisado lo anterior, a continuación se examinan las resoluciones impugnadas:

Mediante el primero de los actos acusados, Resolución No. 00791 del 5 de febrero de 1998 el Instituto de Seguros Sociales reconoció la pensión de jubilación a TOMÁS JAVIER DÍAZ BUENO en cuantía de \$2'318.625.00 y en algunas de las consideraciones de esta Resolución expresa:

Que al tenor de lo dispuesto en la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 2709 de 1994, se tendrá derecho a la pensión de jubilación por aportes al cumplimiento de los 60 años de edad si es hombre y 55 años de edad si es mujer y 20 años o más de cotizaciones al I.S.S. y en una o varias entidades del sector público.

Que el solicitante cumple con los requisitos de edad y tiempo de cotizaciones exigidos para la pensión de jubilación por aportes, razón por la cual es viable acceder a su reconocimiento a partir del 1º de marzo de 1998.

³ Debe entenderse que los congresistas incorporados a la Ley 100 de 1993 fueron aquellos que no estaban amparados por el régimen de transición.

Como puede apreciarse, la anterior resolución quebranta la normatividad en que debía fundarse, pues desconoce que a los magistrados de las altas Cortes los beneficia el régimen especial de pensiones que se venía aplicando a los Senadores y Representantes en los términos señalados en las disposiciones antes mencionadas, no se trataba de la denominada pensión por aportes establecida en la Ley 71 de 1988.

En el segundo de los actos acusados, Resolución No. 004272 del 15 de marzo de 1999, modificó parcialmente la Resolución antes mencionada, “en el sentido de establecer que la cuantía de la pensión por aportes a reconocer al señor Tomás Javier Díaz Bueno C.C. 1’375.824, corresponde a \$2’699.404.00, valor que se cancelará una vez haya acreditado el retiro definitivo del servicio ...”.

Esta Resolución en sus consideraciones expresa que de conformidad con lo ordenado por el artículo 25 del Decreto 65 de 1998, la pensión de jubilación debe ser liquidada teniendo en cuenta los mismos factores salariales devengados por los congresistas, en los términos establecidos en las normas legales vigentes, esto es el Decreto 1359 de 1993, con un 75% del promedio de lo devengado por todo concepto durante el último año, sin que esté sujeta a límite alguno en cuanto al monto.

Advierte esta Resolución que conforme a las pruebas allegadas sobre ingresos recibidos en el último año de servicios por el actor, el ingreso base de liquidación corresponde a \$11’128.827.00 del

cual el 75% es de \$8'346.620.00 que corresponden a la cuantía de la mesada pensional que se debe asignar a su beneficiario a partir del retiro definitivo del servicio. Sin embargo, ordenó pagarla en la suma de \$2'699.404, en razón a que el I.S.S. mediante oficio 8375 del 15 de septiembre de 1998 consultó la cuota parte a Cajanal y esta entidad guardó silencio, razón por la que consideró que no quedaba otro camino que reconocer la pensión sin tener en cuenta el mayor valor a cargo de la Nación.

De acuerdo con lo anterior, si bien el S.S. en la Resolución No. 004272 del 15 de marzo de 1999, reconoce que al demandante le asiste el derecho a la pensión especial (Decreto 65 de 1998, art. 25 en armonía con el Decreto 1359 de 1993), nuevamente infringe la normatividad en que debía fundarse pues desde la expedición del Decreto 2921 de 1948, lo que reitera la Ley 33 de 1985, la entidad de previsión que reciba una solicitud de pago de pensión de jubilación que esté a cargo de varias entidades, lo debe poner en conocimiento de éstas, remitiéndole copia del proyecto de acto administrativo que elabore con la documentación requerida y la entidad o entidades obligadas tienen un plazo de 15 días hábiles para manifestar si la aceptan o la objetan, vencido el cual se entenderá aceptada la cuota parte. Así lo ordenan los artículos 2 y 3 del Decreto 2921 de 1948 y artículo 2º de la Ley 33 de 1985. Esta última disposición legal es del siguiente tenor:

La Caja de previsión obligada al pago de la pensión de jubilación, tendrá derecho a repetir contra los organismos no afiliados a ellas, o contra las respectivas Cajas de previsión, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido o aportado a ellos.

El proyecto de liquidación será notificado a los organismos deudores, los que dispondrán del término de quince (15) días para objetarlo, vencido el cual se entenderá aceptado por ellos.

Para los efectos previstos en este artículo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público efectuará anualmente las compensaciones a que haya lugar, con cargo a los giros que les correspondan a los organismos o Cajas, por concepto de aportes del Presupuesto Nacional; cuando se trate de entidades del orden departamental, intendencial, comisarial, municipal o del distrito Especial de Bogotá, la compensación anual se efectuará con cargo las correspondientes transferencias de impuestos nacionales.

Con fundada razón a este respecto advirtió la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia SU-1354/2000, acción de tutela instaurada por Tomás Javier Díaz Bueno:

Aun cuando el S.S. consideró que al demandante se le aplicaba el régimen especial de los Congresistas, contradictoriamente decidió que a su situación no le era aplicable dicho régimen, por la circunstancia de no haber aportado al Gobierno Nacional los valores correspondientes, según el monto de sus ingresos salariales, ni aceptado la cuota parte de la pensión que debía asumir.

De este modo, el S.S., se arrogó una función que no le esta atribuída al imponer una carga desproporcionada al demandante, en el sentido de obligarlo a adelantar las gestiones ante el Gobierno para que éste cumpliera con las obligaciones que en materia de seguridad social le corresponde, para efectos de asegurar el pago de su pensión en la cuantía establecida por la respectiva normatividad jurídica.

Es al S.S. y no al demandante a quien le corresponde exigir del Gobierno el pago de los referidos aportes y de la cuota parte con que debe concurrir al pago de la pensión. Por consiguiente, el S.S., omitió realizar un

trámite necesario para asegurar el pago de la pensión de aquél, que sólo a él correspondía.

En el tercero de los actos acusados, Resolución No. 000221 del 26 de agosto de 1999 aclaró el artículo 1º de la Resolución No. 000791/98 en el sentido de reconocer la pensión por aportes a partir de la fecha en que acredite el retiro definitivo del servicio, en cuantía de \$2'699.404.00, fundado en que para acceder al régimen especial de pensión previsto en el Decreto 1293 de 1994 se requería estar desempeñando el cargo de Consejero de Estado para el 1º de abril de 1994. Como el actor no desempeñaba el cargo para esa fecha, no le asistía el derecho al régimen especial al cual ampliamente se ha venido haciendo referencia en esta providencia.

El razonamiento que sirvió al S.S. para expedir la Resolución No. 000221 de 1999, en los términos antes señalados, lo hizo consistir en que el Decreto 1293 de 1994 estableció el régimen de transición para Senadores y Representantes en idénticas condiciones de las establecidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en el párrafo único dispuso que dicho régimen se aplicaría también a aquellas personas que hubieran sido Senadores o Representantes con anterioridad al primero de abril de 1994, disposición que nuevamente se consagra en el artículo 25 del Decreto 043 de 1999.

El S.S. en esta última resolución, no sólo desacata la normatividad especial a que se ha venido haciendo referencia,

sino que incurre en rebeldía con la sentencia de tutela que le había ordenado resolver el recurso de apelación.

Lo anterior por cuanto la resolución 000221 de 26 de agosto de 1999 fue expedida en cumplimiento de la sentencia de 19 de agosto de 1999 proferida por la Sala Jurisdiccional disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura por medio de la cual concedió la acción de tutela como mecanismo transitorio al actor y se ordenó al S.S. resolver en el término de 48 horas el recurso de apelación interpuesto contra las resoluciones 0791 de 5 de febrero de 1998 y 04272 de 15 de marzo de 1999, teniendo en cuenta los principios de favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales consagradas en el artículo 53 de la Carta Política, fundada la decisión entre otras razones en que, “...no se puede entender como el ente administrador de la pensión, se niegue a reconocer el derecho en la cuantía que verdaderamente le corresponde, so pretexto de un formalismo como lo es la aceptación o no de la cuota parte, dejando toda la carga de la administración pública en cabeza del administrado”.

También había advertido la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en el fallo en referencia que el S.S. “... ha violado el debido proceso administrativo al no aplicar los principios de favorabilidad de las normas laborales y prácticamente al pretender por esta vía que el accionante renuncie al beneficio mínimo establecido en la ley que regula que su pensión equivale al 75% de lo devengado en el último año de

servicios, y que la misma no tiene límite alguno en cuanto al tope...”.

Las consideraciones que expone el S.S. en la resolución 000221 de 26 de agosto de 1999 en cuanto estima que al doctor DIAZ BUENO no se le aplica el régimen especial de los congresistas porque no desempeñaba el cargo de Magistrado del Consejo de Estado a 1º de abril de 1994, es una apreciación que carece de asidero, pues el decreto 1293 de 1994 por medio del cual se estableció el régimen de transición para senadores y representantes, aplicable a los magistrados de las altas cortes por las razones ya expuestas en el artículo 2º señala los requisitos para acceder a los beneficios de la transición:

Haber cumplido cuarenta (40) años o más de edad, si son hombres o treinta y cinco (35) años o más de edad, si son mujeres.

Haber cotizado o prestado servicios durante quince (15) años o más.

Es decir, los requisitos para acceder al régimen de transición establecidos en este decreto, son los mismos previstos en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

TOMÁS JAVIER DÍAZ BUENO se hallaba amparado por el régimen de transición, basta con señalar que para el 30 de julio de 1997, cuando formuló la solicitud de reconocimiento de la

pensión de jubilación, contaba con más de sesenta (60) años de edad y había prestado sus servicios por más de 34 años.

Ahora bien, el artículo 25 del Decreto 043 de 1999 había condicionado el reconocimiento de la pensión de los Magistrados de las altas cortes a que además de las condiciones señaladas en el artículo 36 de la ley 100/93, debían estar desempeñando el cargo en propiedad a 1º de abril de 1994.

Esta Corporación mediante sentencia de 18 de noviembre de 2002 dictada en el proceso IJ 008 Actor: LUIS FERNANDO VELANDIA RODRÍGUEZ, declaró la nulidad de la expresión “...que a 1º 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...” contenida en el primer inciso del artículo 25 del decreto 043 de 1999, con fundamento en las razones que a continuación se transcriben:

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 de que le introduce el decreto acusado “...desempeñaban sus cargos en propiedad el 1º de abril de 1994...”

En efecto, en sentencia de agosto 31 de 2000, expediente No. 16717, la Sección Segunda de la Corporación al resolver una acción pública de nulidad dirigida contra el Decreto Reglamentario 813 de 1994, en uno de sus apartes expresó:

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 servicio cotizados y por circunstancias, a la entrada en vigencia del régimen, el interesado no tenga un 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.

Las razones que anteceden permiten concluir que la disposición acusada, expedida en el año 1999 se ocupa 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.

Así pues, la expresión que había contemplado el artículo 25 del Decreto 43 de 1999 desapareció del ámbito jurídico, y en gracia de discusión, si ella no hubiera sido anulada, no era aplicable al actor, en razón a que él formuló la solicitud de reconocimiento de la pensión el 30 de julio de 1997, época en la cual no se había expedido el citado decreto 43/99, y este no podría tener efectos retroactivos.

Por las razones que anteceden, se confirmará la sentencia de primera instancia por medio de la cual accedió a las súplicas de la demanda.

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

FALLA

Confírmase la sentencia de 8 de febrero de 2002 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual accedió a las súplicas de la demanda, dentro del proceso promovido por TOMAS JAVIER DIAZ BUENO

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y ejecutoriada esta providencia DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen. CÚMPLASE.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

TARSICIO CÁCERES TORO

JESÚS M. LEMOS BUSTAMANTE

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO

ENEIDA WADNIPAR RAMOS
Secretaria