

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

CONSEJERA PONENTE: DRA. BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ

Bogotá, D.C. veintiuno (21) de agosto de dos mil catorce (2014)

REF: EXPEDIENTE No. 250002325000200700242 01

No. INTERNO: 0927-2011

AUTORIDADES NACIONALES

ACTOR: MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por el Instituto de Seguros Sociales, ISS, y el tercero interesado, Universidad Externado de Colombia, contra la sentencia de 2 de diciembre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que accedió a las súplicas de la demanda incoada por Manuel Santiago Urueta Ayola contra el ISS.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad de las Resoluciones Nos. 007515 de 11 de marzo de 2005, por medio de la cual el Gerente del Centro de Atención de Pensiones del Instituto del Seguro Social, Seccional Cundinamarca y D.C., le negó al demandante el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación en los términos del régimen especial y las pensiones ordinaria de jubilación y por aportes solicitadas de manera subsidiaria; 028325 de 5 de septiembre de 2005 que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la decisión anterior y 1114 del 30 de junio de 2006, por medio de la cual la Vicepresidenta de Pensiones de la entidad desató el recurso de apelación confirmando los anteriores actos administrativos.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó condenar a la entidad demandada a reconocerle y pagarle la “Pensión Especial de Jubilación”, desde el momento en que se retiró del servicio como Consejero de Estado hasta la fecha en que se de cumplimiento a la sentencia, incluyendo la mesada 14 y demás emolumentos a los que tenga derecho debidamente indexados, y darle cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 177 y 178 del C.C.A.

Pidió, además, “Que se declare, en igual forma, que el Instituto de Seguros Sociales podrá repetir, de ser necesario, contra la Universidad Externado de Colombia por el valor del Cálculo Actuarial que se fije en este proceso como monto de lo debido por la no afiliación de mi poderdante a esa entidad de seguridad social”.

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

El demandante le solicitó al Instituto de Seguros Sociales, ISS, el reconocimiento de la “Pensión Especial de Jubilación” el 10 de junio de 2003, en su condición de Magistrado de Alta Corte.

El doctor Urueta Ayola ejerció el cargo de Magistrado del Consejo de Estado desde el 1 de diciembre de 1995 hasta el 30 de noviembre de 2003.

Para la fecha en que presentó la solicitud de reconocimiento pensional acreditaba el siguiente tiempo de servicio:

Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 3 de septiembre de 1976 al 1 de mayo de 1977

Departamento Administrativo de la Presidencia de la República del 20 de marzo de 1981 al 7 de agosto de 1982.

Ministerio de Relaciones Exteriores del 11 de febrero de 1987 al 31 de agosto de 1993.

El tiempo anterior, sumado al laborado en calidad de Consejero de Estado, para la fecha de presentación de la solicitud arroja “un total aproximado de 17 años de servicio público”.

El tiempo de servicio restante lo reúne con el prestado como Docente de Tiempo Completo en la Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Público, durante los años 1967 a 1986 “con algunas interrupciones”.

Para acreditar lo anterior, el demandante anexó a la solicitud pensional presentada ante el ISS, certificación de tiempo de servicio expedida por la Universidad Externado de Colombia en la que consta el tiempo laborado y la no afiliación al Instituto.

Durante su vinculación como docente de la Universidad Externado de Colombia realizó un Doctorado entre los años 1969 a 1972 con patrocinio de ésta; ejerció el cargo de Magistrado de Tribunal durante 8 meses y el de Secretario General de la Presidencia de la República por 17 meses. Ese tiempo, 63 meses aproximadamente, debe ser descontado del total laborado en esa institución educativa.

Para demostrar la existencia de la relación laboral con la Universidad Externado de Colombia informó que esa institución realizó una liquidación parcial de cesantías a favor del señor Urueta Ayola el 20 de mayo de 1986 en su condición de Profesor de Tiempo Completo; documento que fue aprobado por el Ministerio del Trabajo a través de la Resolución SC-5021 de 4 de junio de 1986. Además, el apoderado de la Institución le manifestó que no tiene derecho a una eventual pensión de jubilación porque no reúne 20 años de servicio y además, los documentos que se anexaron con la solicitud de reconocimiento pensional presentada ante el ISS “fueron sustraídos por extraños”; sin embargo, el actor los recuperó y demostró la existencia de la relación laboral.

La Directora de Recursos Humanos de la Universidad Externado de Colombia, en certificación expedida el 9 de agosto de 2007, hizo constar que el señor Urueta Ayola estuvo vinculado a esa Institución desde el 1 de febrero de 1967 hasta el 31 de enero de 1987 como profesor de tiempo completo indicando las interrupciones en el ejercicio del cargo.

El actor se retiró de la Universidad Externado de Colombia en febrero de 1987 para asumir un cargo diplomático en la Santa Sede. Para esa fecha contaba con 43 años de edad, es decir, que no reunía los requisitos pensionales.

La Universidad Externado de Colombia, así como todas las demás instituciones privadas, tenía la obligación de afiliar al ISS a todos sus trabajadores desde el 1 de enero de 1967.

El ISS intentó el cobro coactivo de las sumas adeudadas por la Universidad Externado de Colombia por concepto de las cotizaciones del señor Urueta Ayola, teniendo en cuenta el cálculo actuarial de que trata el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Para tal efecto, le solicitó al Rector de

la Institución la información relativa al tiempo de servicio prestado por el demandante a través de los siguientes oficios:

El Jefe de la Unidad de Planeación Actuarial, mediante Oficio UPA No. 064 de 16 de enero de 2004, envió a la Universidad Externado de Colombia cálculo actuarial.

Por medio del Oficio UPA No. 00995 de 22 de enero de 2004, la entidad demandada adjuntó y comunicó al Rector de la mencionada universidad un cálculo actuarial por valor de \$2.336.121.22 (sic) que corresponde al periodo comprendido entre el 1 de febrero de 1967 y el 31 de enero de 1987, lapso en el cual el actor desempeñó el cargo docente en la institución universitaria, advirtiéndole que el pago de dicha suma de dinero es necesaria para el reconocimiento de la pensión de jubilación.

Oficio DNC 04698 de 30 de junio de 2004, por medio del cual el Jefe de Cobranzas del Seguro Social le solicitó al Rector de la Universidad Externado de Colombia pagar la suma liquidada en el cálculo actuarial, indicando la forma y el plazo.

Por Oficio 006179 de 24 de agosto de 2004, el Jefe del Departamento Nacional de Cobranzas del ISS le insistió al Rector de la Universidad pagar el cálculo actuarial, pero no recibió respuesta alguna.

Por Oficio No. 006411 de 31 de agosto de 2004, el Jefe del Departamento Nacional de Cobranzas del ISS remitió el caso a la Dirección Jurídica Seccional de Cundinamarca que, a su vez, envió la información a la Dirección Jurídica Nacional mediante Oficio DJSC-017 de 20 de septiembre de 2004.

El 20 de septiembre (sic) la Oficina de Cobro Coactivo le informó a la Directora Jurídica que no existe título ejecutivo y le solicitó devolver la documentación al Jefe del Departamento de Cartera “para que emita una certificación de liquidación de deuda”.

El Jefe del Departamento Nacional de Cobranzas remitió la liquidación certificada de deuda el 7 de octubre de 2004.

El 26 de octubre de 2004, la funcionaria ejecutora que adelantó el trámite del proceso de jurisdicción coactiva citó al Representante Legal de la Universidad Externado de Colombia con el fin de notificarle el mandamiento de pago No. 375 de 26 de octubre de 2004.

Contra el mandamiento de pago, notificado el 9 de noviembre de 2004, el apoderado de la Universidad Externado de Colombia, interpuso recursos de reposición y en subsidio apelación, argumentando que la obligación no es clara, expresa y exigible dado que la Universidad nunca aceptó la deuda a favor del señor Manuel Urueta Ayola.

El 1 de diciembre de 2004, el apoderado de la Universidad Externado de Colombia propuso las excepciones de falta de jurisdicción y competencia, prescripción, falta de constancia de ejecutoria de la “liquidación certificada”, falta de requisitos del título ejecutivo, inexistencia de la obligación y violación al debido proceso. Puso en duda la relación laboral que existió entre la Universidad y el demandante durante los años 1967 y 1986; advirtió que debe descontarse el tiempo en que el actor estuvo vinculado como servidor público mientras prestaba sus servicios como docente y concluyó que la obligación de la universidad prescribió “ya que el Instituto no exigió el pago de cotización”.

El ISS aceptó las excepciones de prescripción e inexistencia de la obligación por falta de afiliación del trabajador que sustentara el cobro de las cotizaciones dejadas de realizar en los años 1967 a 1987.

Para la fecha en que el demandante se retiró de la Universidad Externado de Colombia, 1 de febrero de 1987, contaba con 43 años de edad, es decir que no cumplía con ese requisito para solicitar la pensión, pero sí reunía 20 años de servicio.

Con posterioridad, el demandante trabajó como funcionario diplomático de la Santa Sede y el Gobierno de Italia durante seis años y medio.

Fue Magistrado del Consejo Nacional Electoral durante 1 año y Magistrado del Consejo de Estado desde el 1 de diciembre de 1995 hasta el 30 de noviembre de 2003.

Por Resolución No. 007515 de 11 de marzo de 2005, el ISS negó la solicitud de reconocimiento pensional radicada por el demandante el 10 de junio de 2003, argumentando que no cumplía el requisito de tiempo de servicio. Advirtió que el tiempo laborado en la Universidad Externado de Colombia no fue cotizado al ISS y en tal sentido no puede ser computado para efectos pensionales.

Agregó que tampoco es procedente reconocer la pensión por aportes de que trata la Ley 71 de 1988, en razón a que el demandante no realizó cotizaciones al ISS con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Tampoco le resulta aplicable el régimen especial de Congresistas contenido en el Decreto 1293 de 1994 porque no reúne 20 años de servicio.

Contra la decisión anterior, el demandante interpuso recursos de reposición y en subsidio de apelación, que fueron resueltos a través de las Resoluciones No. 028325 de 5 de septiembre de 2005 y 1114 de 30 de julio de 2006, confirmando la decisión inicial.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:

Constitución Política, artículos 1, 13, 25, 29 y 53; Leyes 33 de 1985; 71 de 1988, artículo 7; 100 de 1993, artículos 33, 36, 39 y 279; 797 de 2003, artículo 9, y Decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Instituto de Seguros Sociales

El Instituto de Seguros Sociales no dio contestación a la demandada dentro del término legal establecido para tal fin (fl.290).

Universidad Externado de Colombia

El Apoderado de la Universidad Externado de Colombia, vinculada al proceso como tercero interesado, se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de falta de jurisdicción, indebida acumulación de pretensiones y caducidad de la acción, además, alegó la violación del derecho al debido proceso y “ausencia absoluta de nexo causal para la configuración del fuero de atracción” respecto de la Universidad porque lo demandado son actos administrativos que conciernen únicamente a entidades públicas (fl. 268)

Sustentó las excepciones argumentando que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no tiene competencia para dirimir las controversias sobre seguridad social que surjan entre particulares y, en tal sentido, resulta violatorio del debido proceso obligar a la Universidad Externado de Colombia, como institución educativa privada, a defender la legalidad de un acto administrativo.

La Jurisdicción Ordinaria Laboral es la competente para dirimir un eventual conflicto laboral entre la Universidad Externado de Colombia y el señor Urueta Ayola en razón a que el supuesto vínculo laboral fue celebrado por una entidad de derecho privado.

No existe un nexo causal entre las actividades desarrolladas por el Instituto de Seguros Sociales y la Universidad Externado de Colombia, por tal razón, es imposible la configuración del fuero de atracción que haga viable la vinculación de la institución educativa como tercero interesado en un proceso contencioso administrativo.

Advirtió que el doctor Urueta Ayola debió demandar directamente a la Universidad Externado de Colombia y no solicitar su vinculación como tercero interesado en un proceso contencioso administrativo. Tampoco se configura el llamamiento en garantía de que trata el artículo 217 del C.P.C.

Se configuró la caducidad de la acción contenciosa porque los hechos que involucran a la Universidad Externado de Colombia ocurrieron en 1987 y la demanda fue presentada en el año 2007.

En relación con el pago de las cotizaciones por el tiempo en que existió la supuesta relación laboral, el apoderado de la Universidad Externado de Colombia advirtió que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 del Decreto 2665 de 1988, son deudas inexistentes, entre otras, “... los aportes patrono-laborales cobrados con posterioridad a la cesación del vínculo laboral; ...”, situación que se configura en el presente caso dado que la relación laboral del demandante con el ente universitario terminó en 1986 y la norma empezó a regir en diciembre de 1988.

Por lo anterior, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 74 del Decreto antes mencionado, según el cual “No serán tenidas como cotizadas, ni se acumularán para efectos de las prestaciones propias de los seguros Sociales, las semanas respecto de las cuales los valores se declararon inexistentes...”.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró no probadas las excepciones y accedió a las súplicas de la demanda de la siguiente manera (fls. 579 a 599):

“PRIMERO. DECLARAR no probadas las excepciones.

SEGUNDO. DECLARAR la nulidad de las resoluciones 07515 del 11 de marzo del 2005, 028235 del 5 de septiembre de 2005 y 114 del 30 de junio de 2006, expedidas por el Instituto de Seguros Sociales, por lo expuestos (sic) en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. Como consecuencia, se ORDENAR (sic) al Instituto de Seguros Sociales reconocer y pagar al señor Manuel Santiago Urueta Ayola identificado C.C. 17.084.213 la pensión de vejez al amparo de la Ley 4ª de 1992 y los decretos 1359 de 1993 y 104 (sic) de 1994 y 47 de 1995, en cuantía del 75% del ingreso mensual promedio, que durante el último año y por todo concepto

devenguen los Congresistas en ejercicio, a la fecha en que se decreta la prestación, sin sujeción al límite de cuantía al que hace referencia el artículo 2 de la Ley 71 de 1988, decreto 510 de 2003 a partir del 29 de agosto de 1998, fecha en la que cumplió los 55 años de edad, pero con efectos fiscales a partir del 1 de diciembre de 2003. Igualmente hará los descuentos, que por aportes se deban realizar.

CUARTO. La Universidad Externado de Colombia, debe realizar los aportes por el tiempo que sirvió el actor a esa institución, los cuales debe situar al Instituto de Seguros Sociales, en título pensional, previo cálculo actuarial conforme lo dispone el decreto 1887 de 1994. El Instituto de Seguros Sociales continuará con los trámites administrativos necesarios para tal efecto.

QUINTO. El Instituto de Seguros Sociales, dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 ibídem (sic).

SEXTO. Sin condena en costas.

SEPTIMO. Ejecutoriada la presente providencia, por la Secretaria de la Sección devuélvase al interesado el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso, si los hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.”.

Advirtió el A quo que los argumentos expuestos como excepciones fueron estudiados en el auto admisorio de la demanda y en tal sentido, decidió estarse a lo resuelto en dicha providencia, reiterando que la Universidad Externado de Colombia tiene interés directo en los resultados del proceso contencioso porque si bien no participó en la expedición de los actos administrativos demandados, los mismos se sustentaron en la falta de afiliación y cotizaciones que supuestamente debió realizar la institución universitaria como patrono del demandante. Por lo anterior, y como garantía del derecho al debido proceso, se convocó a la Universidad a pesar de tener naturaleza privada.

La excepción de caducidad de la acción no se configuró porque los actos administrativos proferidos por el ISS, que negaron el reconocimiento pensional, fueron demandados dentro del término establecido en el numeral 2 del artículo 136 del C.C.A. Además, la jurisprudencia ha permitido que los actos que niegan prestaciones periódicas sean demandados en cualquier tiempo en razón a su naturaleza imprescriptible.

Luego de referirse al acervo probatorio, advirtió que los actos administrativos demandados negaron el derecho pensional argumentando que el actor no reunía 20 años de servicio, sin embargo, las documentales allegadas demuestran que laboró en el sector privado durante 14 años y 2 meses y, en el sector público, 16 años, 3 meses y 27 días, siendo el último cargo el de Magistrado del Consejo de Estado.

El ISS no tuvo en cuenta el tiempo laborado en el sector privado porque el empleador, Universidad Externado de Colombia, no afilió al demandante a una Caja de Previsión, por tal razón, en el proceso de cobro coactivo que inició la entidad pública, se declararon probadas las excepciones de prescripción e inexistencia de la obligación.

Sobre el argumento de la falta de afiliación el A quo advirtió que tal omisión no impide acceder a la prestación reclamada porque el Sistema General de Pensiones, modificado por la Ley 797 de 2003, permite contabilizar el tiempo laborado con empleadores que omitieron afiliar a sus trabajadores.

Para sustentar lo anterior, citó apartes de una sentencia de la Corte Constitucional en la que se trató el tema y concluyó que desde la entrada en vigencia de la Ley 90 de 1946 se estableció el seguro social obligatorio para cubrir riesgos de vejez, invalidez y muerte de los trabajadores dependientes e independientes a cargo de las entidades de previsión o del empleador que debía hacer los aprovisionamientos de capital suyos y de los asalariados.

A partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la afiliación al Sistema de Seguridad Social es obligatoria, inclusive, para aquellos trabajadores dependientes que con anterioridad no estaban afiliados y pueden contabilizar el tiempo laborado sin afiliación para efectos pensionales (artículo 33).

La Universidad Externado de Colombia no demostró la subrogación de la obligación pensional en una Caja de Previsión mientras duró la relación laboral con el demandante (14 años y 2 meses), razón por la cual, se presume que la institución educativa debe asumir la responsabilidad a través del título o cálculo actuarial de que trata el artículo 17 del Decreto 1414 de 1997.

Como el derecho a la pensión es imprescriptible, la obligación de pago del empleador que omitió afiliar a sus empleados también lo es, dado que el título sólo se redime cuando se hace efectiva la prestación pensional. Por tal razón, la Universidad Externado de Colombia debe acudir a la conformación del capital necesario para el pago de la pensión del demandante a través de la figura del cálculo actuarial.

Aclarado el hecho de que el demandante reúne más de 20 años de servicio en los sectores privado y público, y que el último cargo desempeñado fue el de Magistrado del Consejo de Estado, consideró que el régimen pensional aplicable es el dispuesto en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, reglamentado por los Decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994, aplicable a los Magistrados de Altas Cortes por disposición del Decreto 104 de 1994.

El demandante, al ser beneficiario del régimen de transición de Congresistas, adquirió el derecho pensional al cumplir 55 años de edad, esto es, el 29 de agosto de 1998, y 20 años de servicios tanto en el sector público como privado.

Advirtió que la objeción al dictamen pericial presentado por la Universidad Externado de Colombia “resulta inane, toda vez que en este caso no se discute el monto del título pensional, a cargo de la Universidad”. Además, no es la Jurisdicción Contenciosa la competente para dirimir los conflictos sobre ese tema, máxime cuando el derecho pensional está reconocido.

Como consecuencia de lo anterior declaró la nulidad de los actos demandados y le ordenó al ISS reconocer y pagar la pensión en los términos del régimen especial de pensiones en cuantía equivalente al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devenguen los Congresistas en ejercicio al momento en que se decreta la prestación sin sujeción a límite, a partir del 29 de agosto de 1998, con efectos fiscales desde el 1 de diciembre de 2003.

A la Universidad Externado de Colombia le impuso el deber de “realizar los aportes por el tiempo que sirvió el actor a esa institución, los cuales debe situar al Instituto de Seguros Sociales, en título pensional, previo cálculo actuarial conforme lo dispone el decreto 1887 de 1994. El Instituto de Seguros Sociales continuará con los trámites administrativos necesarios para tal efecto”.

LOS RECURSOS

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

El apoderado del ente Universitario en el recurso de apelación interpuesto contra el anterior proveído, argumentó lo siguiente (fls. 600-616):

El Tribunal desconoció el principio de irretroactividad de la Ley establecido en el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo al aplicar normas que no existían al momento en que el actor terminó su relación laboral con la Universidad Externado de Colombia.

Si en gracia de discusión se aceptara que la Ley 71 de 1988 goza de efectos retroactivos, esta resulta inaplicable al caso concreto porque el artículo 21 del Decreto 1160 de 1989, que reglamentó dicha Ley, establece que el tiempo de servicios laborados en una empresa privada no afiliada al Instituto de Seguros Sociales no es computable para el reconocimiento de la pensión de vejez. Así lo ha considerado la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en sus providencias

Las semanas útiles para efectos pensionales son las efectivamente cotizadas, es decir, que en este caso, no es posible tener en cuenta el tiempo laborado por el demandante en la Universidad Externado de Colombia debido a que no existió afiliación al ISS y por ende, no se realizaron cotizaciones.

La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en afirmar que antes de 1989 el ordenamiento jurídico no establecía la manera como el empleador debía responder cuando no afiliaba a sus trabajadores a la seguridad social. Con la expedición del Decreto 3063 de 29 de diciembre de 1989 se dispuso que “la calidad de afiliado al régimen es requisito necesario para que una persona y sus derechohabientes queden protegidos, de acuerdo con los reglamentos respectivos, contra las contingencias de enfermedad general y maternidad, invalidez, vejez, muerte, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y asignaciones familiares. Por lo tanto, el patrono que no hubiere inscrito a sus trabajadores estando obligado ha hacerlo, deberá reconocerles a ellos y a los derechohabientes, las prestaciones que el ISS les hubiere otorgado en el caso de que la afiliación se hubiere efectuado, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar.”.

La norma citada no es aplicable al caso del demandante porque la relación laboral con la Universidad Externado de Colombia terminó antes de su vigencia, es decir, ya había una situación consolidada que no puede ser modificada aplicando leyes expedidas con posterioridad.

El actor pudo reclamar a la Universidad Externado de Colombia una indemnización de perjuicios por la omisión de afiliarlo al Instituto de Seguros Sociales pero no lo hizo, y en la actualidad, la acción se encuentra prescrita ya que ha transcurrido un lapso considerable desde que terminó la relación laboral (1986) y la presentación de la demanda.

No hay lugar al pago del bono pensional que ordenó el A quo porque la relación laboral que existió entre la Universidad y el demandante finalizó antes de la creación legal de esa figura. Además, los empleadores privados no están obligados a emitir bonos pensionales.

El A quo revivió un debate jurídico que el Instituto de Seguros Sociales terminó en el proceso de cobro coactivo iniciado en contra de la Universidad Externado de Colombia por encontrar probada la excepción de inexistencia de la obligación dado que no mediaba afiliación que le permitiera a dicha entidad cobrar suma alguna por concepto de cotizaciones.

Advirtió que el régimen pensional especial de los Congresistas y Magistrados de Altas Cortes no es aplicable al demandante porque el tiempo laborado en el sector privado no le resulta útil para completar los 20 años de servicio debido a que no realizó cotizaciones en el Instituto de Seguros Sociales.

EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

El Apoderado del ISS en el recurso de apelación advirtió que si bien el demandante es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 porque contaba con 40 años de edad y 15 años de servicio al 1 de abril de 1994, no le resulta aplicable el régimen especial de Congresistas en razón a que el Decreto 47 de 1995 exige que el cargo estuviera siendo desempeñado al 20 de junio de 1994 y el doctor Urueta Ayola lo ejerció a partir del 1 de diciembre de 1995 (fls. 618-621).

Como el demandante no tiene derecho a que la pensión le sea reconocida conforme al régimen especial de Congresistas, la norma aplicable a su caso es la Ley 71 de 1988 que establece la pensión por aportes al acreditar 20 años de servicios en el sector público y privado, y 60 años de edad.

Sin embargo, el tiempo de servicio cotizado por el demandante al Instituto de Seguros Sociales, 16 años, 3 meses y 25 días, es insuficiente para el reconocimiento de la pensión de que trata la Ley 71 de 1988. Lo anterior en razón a que el tiempo laborado en la Universidad Externado de Colombia no fue objeto de cotizaciones y por ende, no es útil para efectos pensionales.

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

CONSIDERACIONES

Problemas Jurídicos

El primer problema jurídico a resolver consiste en determinar si el tiempo laborado por el señor Manuel Santiago Urueta Ayola a la Universidad Externado de Colombia, sin que mediara afiliación al Instituto de Seguros Sociales, ISS, durante el tiempo comprendido entre el 1 de febrero de 1967 y el 31 de enero de 1987, con algunas interrupciones, es computable para efectos de acceder a la pensión de vejez reclamada.

Determinado lo anterior, el segundo problema a resolver es establecer si el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión mensual vitalicia de jubilación en los términos del régimen especial de Congresistas extendido a los Magistrados de Altas Cortes, por haber desempeñado como último cargo el de Magistrado del Consejo de Estado.

Actos Demandados

1. Resolución No. 007515 de 11 de marzo de 2005, proferida por el Gerente II del Centro de Atención de Pensiones del Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Cundinamarca y D.C., que le negó al demandante el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos de la Ley 4 de 1992 y los Decretos 1723 de 1964, 1359 de 1993 y 1293 de 1985 porque no acreditó 20 años de servicio en entidades públicas y privadas, solo reunió 16 años, 3 meses y 27 días (fl. 2).

Descartó el tiempo laborado por el demandante en la Universidad Externado de Colombia porque “no se encuentra cotizado al ISS y no es una Entidad que responda por sus propias prestaciones” por ello, no puede ser acumulado para efectos pensionales.

Advirtió que el régimen especial de los Congresistas solo es aplicable a los Magistrados de las Altas Cortes en cuanto a factores y cuantía pensional porque los Decretos que hicieron la asimilación no se refirieron a la edad y tiempo de servicio, y la norma que posteriormente los incluyó fue declarada nula.

Por lo anterior, concluyó que el régimen pensional aplicable para efectos de tiempo de servicio y edad de jubilación es el dispuesto en la Ley 33 de 1985, cuando el tiempo laborado sea público, o la Ley 71 de 1988, cuando se acumulen tiempos laborados en los sectores público y privado. Sin embargo, la cuantía de la pensión es la establecida en el régimen especial de Congresistas y no es viable exigir como requisito “desempeñar el cargo en propiedad al 01 de abril de 1994”.

Al aplicar los anteriores parámetros al caso concreto advirtió que el señor Urueta Ayola no cumple con los requisitos pensionales dispuestos en la Ley 33 de 1985 porque no laboró 20 años en entidades públicas y tampoco los de la Ley 71 de 1988 porque el tiempo cotizado al ISS y el laborado en entidades públicas no suman 20 años.

2. Resolución No. 028325 de 5 de septiembre de 2005, proferida por el Gerente II del Centro de Atención de Pensiones del Instituto del Seguro Social, Seccional Cundinamarca, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la decisión anterior confirmándola en todas sus partes. Advirtió que en este caso no es aplicable lo dispuesto en el artículo 9, parágrafo 1, literal d) de la Ley 797 de 2003, que permite el computo de las semanas no cotizadas por omisión del empleador porque “el Seguro Social estaría subrogándose en el pago de una prestación, cuyo reconocimiento no le corresponde” (fl. 7).

3. Resolución No. 1114 de 30 de julio de 2006, proferida por el Vicepresidente de Pensiones del Instituto de los Seguros Sociales, que desató el recurso de apelación interpuesto contra la decisión inicial, conformándola en cuanto negó el reconocimiento pensional por no haber acreditado 20 años de servicio dado que el tiempo laborado en la Universidad Externado de Colombia no es útil para este efecto por no existir afiliación ni cotizaciones a Caja de Previsión alguna, en tal virtud, es el empleador quien debe asumir la deuda como consecuencia de su incumplimiento (fl.14).

En relación con el régimen especial de Congresistas advirtió que este solo es aplicable a los Magistrados de Altas Cortes que al 20 de junio de 1994 tuvieran una situación consolidada, es decir, aquellos que contaban con 20 años de servicio.

De lo probado en el proceso

Con los certificados de Registro Civil de Nacimiento y de la cédula de ciudadanía, quedó acreditado que el demandante nació el 29 de agosto de 1943 (fls. 107 y 108).

Según certificación expedida por la Directora de Recursos Humanos de la Universidad Externado de Colombia el 4 de agosto de 2006, el señor Urueta Ayola prestó sus servicios en esa Institución desde el 1 de febrero de 1967 hasta el 31 de enero de 1987 como profesor de tiempo completo en el Departamento de Derecho Público, con las siguientes suspensiones: de 1968 a 1972, no figura como profesor titular; del 3 de septiembre de 1976 al 1 de mayo de 1977, por haber sido designado Magistrado del Tribunal de Cundinamarca y del 20 de marzo de 1981 al 7

de agosto de 1982, por haber sido designado Secretario General-Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (fl. 21).

A folio 22 del expediente obra copia de la liquidación de prestaciones sociales realizada por la Universidad Externado de Colombia a favor del señor Urueta Ayola por el tiempo laborado como profesor desde el 1 de febrero de 1967 hasta el 31 de mayo de 1986, para un total de 19 años, 3 meses y 30 días.

La Secretaria General del Consejo de Estado, a través de Constancia expedida el 28 de julio de 2003, certificó que el demandante ejerció el cargo de Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca desde el 3 de septiembre de 1976 hasta el 1 de mayo de 1977 (fl.63).

Según certificación expedida por la Jefe del Area de Recursos Humanos de la Presidencia de la República el 4 de febrero de 2003, el señor Urueta Ayola prestó sus servicios en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República desde el 20 de marzo de 1981 hasta el 7 de agosto de 1982, tiempo durante el cual estuvo afiliado a Cajanal. El último cargo desempeñado fue el de Secretario General-Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (fls. 74 y 101).

El Coordinador de Nómina y Prestaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de certificación expedida el 7 de febrero de 2003, hizo constar que el demandante desempeñó los siguientes cargos (fls. 76 y 103):

Ministro Consejero, grado Ocupacional 5EX, en la Embajada de Colombia ante la Santa Sede, cargo del que tomó posesión el 11 de febrero de 1987 (fl. 103).

Ministro Consejero, grado Ocupacional 5EX, en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Italia, desde el 25 de enero de 1991 hasta el 31 de agosto de 1993.

Durante el tiempo laborado en el Ministerio de Relaciones Exteriores realizó cotizaciones a Cajanal.

La Secretaria General del Consejo de Estado, en constancia expedida el 5 de abril de 2005, certificó que el Dr. Urueta Ayola desempeñó el cargo de Magistrado de esa Corporación desde el 1 de diciembre de 1995 hasta el 30 de noviembre de 2003 (fl.41).

Según reporte de períodos cotizados expedido por el ISS el 27 de noviembre de 2003, el demandante cotizó para pensiones en ese Instituto desde diciembre de 1995, siendo empleador la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial (fl. 55 a 59).

Cuestión previa

Fuero de atracción

Teniendo en cuenta que en el este asunto el demandante pretende el reconocimiento de la pensión de jubilación en los términos del régimen especial de Congresistas, acumulando los tiempos laborados en la Universidad Externado de Colombia, institución que fue vinculada al proceso como tercero interesado, la Sala hace las siguientes precisiones en relación con la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

Los actos administrativos cuya nulidad se pretende derivan directamente de la relación legal y reglamentaria que mantuvo el doctor Urueta Ayola con la Rama Judicial en calidad de

Magistrado del Consejo de Estado, por lo que para la determinación de la competencia debe atenderse el factor funcional.

En relación con el tema, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al desatar un conflicto negativo de jurisdicciones consideró que es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la competente para desatar las controversias sobre pensiones de empleados públicos por las siguientes razones

:

“Así las cosas, es necesario precisar que lo que la actora demanda es el derecho a la reliquidación de su pensión de vejez toda vez que le fue reconocida sin tener en cuenta las 1109 semanas cotizadas, ni el monto equivalente al 81% del ingreso base de liquidación, ni la indexación de las sumas devengadas durante los años 1997 a 2001 y sin incluir la totalidad de los factores salariales. A título de restablecimiento del derecho solicitó condenar al ISS, a que reconozca y pague la pensión de jubilación en los términos señalados anteriormente, así como reconocer y pagar la corrección monetaria y/o IPC y los intereses moratorios respectivos a partir de la ejecutoria de la sentencia, respecto de las sumas que resultaren a favor, desde el momento en que se produjo el retiro del servicio oficial.

(...)

Pues bien, consecuente con lo anterior y ante la claridad del objeto, así como del campo de aplicación de la Ley 100 de 1993, quiso el legislador que este tipo de prestaciones tuviera un conocimiento especializado atribuyéndolo a la jurisdicción laboral a través de la ley 362 de 1997 que en su artículo 1º, asignó a la jurisdicción del trabajo de ese entonces el conocimiento de las controversias, ejecuciones y recursos que le atribuya la legislación sobre el Instituto del Seguro Social, así como el de “las diferencias que surjan entre entidades públicas y privadas del régimen de seguridad social y sus afiliados” y precisamente dicha norma fue demandada en acción de inconstitucionalidad y la Corte Constitucional en la Sentencia C-111 de 2000, con ponencia del Honorable Magistrado ÁLVARO TAFUR GALVIS al declarar la exequibilidad de la misma afirmó que: “la asignación de competencias para la solución de controversias suscitadas entre las entidades públicas y privadas de la Seguridad Social Integral con sus afiliados “responde a la necesidad de especializar una jurisdicción Estatal con la asignación de dicha competencia, haciendo efectiva la aplicación del régimen jurídico sobre el cual se edificó la prestación del servicio público de la seguridad social...”. De esta forma igualmente consideró que cuando el artículo 1º de la Ley 362 de 1997 asignó tal competencia a la jurisdicción ordinaria, la acepción “Seguridad Social Integral” allí consignada no puede ir más allá de su órbita para abarcar aspectos que se mantienen en otras jurisdicciones u otras especialidades de la jurisdicción Ordinaria, ya que las diferencias susceptibles de conocimiento de los jueces del trabajo en esta materia se refieren al reconocimiento y pago de estas prestaciones económicas y de salud establecidas a favor de los afiliados y beneficiarios de la Ley 100 de 1993 y en el Decreto 1295 de 1994 a cargo de entidades que conforman el Sistema Integral de Seguridad Social así como las que se suscitan sobre los servicios complementarios contemplados en la misma Ley 100 y no las que hacen parte de un sistema de prestaciones a cargo directo de los empleadores públicos y privados, cuya competencia se mantiene en los términos previstos en las leyes anteriores por cuanto en estricto sentido no hacen parte de dicho sistema integral de seguridad social...”.

(Subrayas Fuera de texto).

De todo lo anterior se concluye entonces que si clarificado como lo está cuáles son las

prestaciones sociales, económicas y de salud que se encuentran desarrolladas en la Ley 100 de 1993, debe entenderse que son éstas y nada más que éstas las que son del conocimiento de la jurisdicción ordinaria que debe atender sin que importe la naturaleza de la relación jurídica o del acto jurídico que se controvierta, significando ello que si por vía de ejemplo el objeto de la demanda versa sobre el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de la ley en cita, es decir de aquella cuyos requisitos en materia de edad, es de 55 años para la mujer y 60 para el hombre y 1000 semanas de cotización, es natural entender que esta corresponde al conocimiento de la jurisdicción ordinaria laboral y de seguridad social; y que cualquiera otra que se presente por fuera de estos requisitos no está cobijada bajo el régimen de seguridad social integral y que por tanto será necesario analizar la naturaleza de la relación jurídica y los actos jurídicos que se controviertan, es decir, conserva la vigencia de la normatividad anterior.

Advertido lo anterior, se llega a la conclusión que el trámite y decisión del asunto, por la condición de Empleada Pública que ostentó la pensionada y el régimen de transición al que aduce pertenece, corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (...) porque como quedó puntualizado, la acción incoada es una controversia que no atañe al Sistema de Seguridad Social integral de que trata la Ley 100 de 1993, y lo determinante para resolver el conflicto es el vínculo laboral que, como se vio con antelación, surgió de una relación laboral reglada por ser empleada pública.

(...).

En este caso lo pretendido es la aplicación del régimen especial de Congresista por ser el demandante beneficiario de la transición especial dispuesta para los destinatarios de la norma, lo cual escapa a las previsiones del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por la Ley 712 de 2001, que establece la competencia general de la Jurisdicción Ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social en los siguientes términos:

- “1. Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo.
2. Las acciones sobre fuero sindical, cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral.
3. La suspensión, disolución, liquidación de sindicatos y la cancelación del registro sindical.
4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadores, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan. (Numeral modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012

.

(...).

Teniendo en cuenta lo anterior, como en este caso no se discute la aplicación del Sistema de Seguridad Social Integral sino del régimen de transición de Congresistas que permite acceder al régimen pensional especial, el cual no hace parte del Sistema de Seguridad Social Integra

, la Jurisdicción competente para desatar la controversia es la de lo Contencioso Administrativo.

Por otra parte, en lo que se refiere a la determinación de la competencia atendiendo la naturaleza

jurídica de los sujetos demandados (factor subjetivo) y la acumulación de pretensiones conexas cuyo conocimiento pertenece a diferentes jueces, resulta pertinente advertir que si bien en el proceso de la referencia la naturaleza jurídica de las demandadas es diferente, dado que una es de derecho público y la otra del privado, la jurisdicción se determina con el “factor de conexión” que, en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es denominado “fuero de atracción”.

Respecto del denominado fuero de atracción aplicable en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la Sección Tercera de esta Corporación, en sentencia de 26 de junio de 2014, M.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth, consideró lo siguiente:

“(…)

25. La jurisprudencia de esta Corporación ha definido la competencia como la facultad que le asiste a un juez para ejercer, por autoridad de la ley y en determinado asunto, la jurisdicción que corresponde a la República o como la medida con base en la cual se distribuye la jurisdicción entre las distintas autoridades que la integran y cuya determinación atiende a factores universales que garantizan que el asunto debatido será conocido por el juez más cercano a quienes aspiran a obtener un pronunciamiento de la Rama Judicial del poder público.

26. Tales factores guardan relación con la naturaleza del proceso y la cuantía de la pretensión –objetivo–; la calidad de las personas que han de ser parte dentro de la litis –subjetivo–; la distribución de los asuntos entre las diferentes jerarquías de funcionarios dentro de la jurisdicción, como corolario del principio de la doble instancia –funcional–; el reparto de los negocios según el lugar geográfico dentro del cual el juez o tribunal tiene atribuida la iuris dictio –territorial– o la acumulación de una pretensión a otra, cuando entre ellas existe conexión y un juez que en principio carece de competencia para conocer alguna de las acumuladas puede asumir la obligación de decidir todas por ser legalmente competente para resolver una de las reclamaciones formuladas –conexión–.

27. El factor de conexión, que es aquél que centra la atención de la Sala en el presente asunto, implica que cuando se demanda a una entidad pública en relación con la cual el competente para conocer de los juicios en los cuales ha de dilucidarse su responsabilidad es el juez administrativo, en conjunto con otra u otras entidades o incluso con particulares en relación con los cuales la competencia para el conocimiento de los pleitos en los que se encuentren implicados en principio se encuentra atribuida a otra jurisdicción, por aplicación del “factor de conexión”, el juez de lo contencioso administrativo adquiere competencia para conocer del asunto en relación con todos ellos. Sobre el mismo punto la doctrina ha indicado:

Aun cuando se discute la naturaleza del criterio de conexión como determinante de la competencia, lo cierto es que tiene, en lo que a sus efectos se refiere, consecuencias similares a las de los demás factores, pues sirve para indicar en ciertos casos qué juez conocerá de determinado proceso; de ahí que se acepte como uno de los factores que fijan la competencia, por cuanto se identifica con los otros cuatro en lo tocante a sus efectos prácticos dado que contribuye para efectos de adscribir el conocimiento de un proceso a determinado juez.

El factor de conexión encuentra su principal motivo de ser en el principio de la economía procesal, que se refleja, entre otras muchas formas, en el fenómeno de la acumulación de pretensiones y de procesos, casos en los cuales el juez competente para conocer de un proceso en el que existen pretensiones acumuladas o varios procesos que se van a acumular, será el juez que

puede conocer del proceso de mayor valor, pues se aplica el conocido aforismo romano de que lo accesorio sigue a lo principal; se tendrá que lo accesorio, en este caso, es lo de menor valor.

Constituye también una clara aplicación del factor de conexión, como determinante de la competencia, el previsto en el art. 335 del C. de P. C., que faculta para ejecutar una sentencia al mismo juez que la profirió. Así, si un juez de circuito acoge parcialmente las pretensiones de una demanda, pretensiones que eran de mayor cuantía, e impone condena y la cifra señalada está dentro de los límites de la menor cuantía, es posible adelantar una ejecución de menor cuantía ante un juez del circuito, el mismo que dictó el fallo, por cuanto el ipso de conexión así lo permite.

Así mismo un evento donde interviene el factor de conexión para radicar la competencia lo atinente a que el juez que conoce del proceso de sucesión también lo hará de los procesos por causa o en razón de la herencia.

Es también desarrollo del factor de conexión las normas acerca de la denuncia del pleito y el llamamiento en garantía que permiten a determinados jueces conocer de procesos que de haberse dado por separado no les hubieran correspondido.

.

28. Un buen ejemplo de aplicación del factor de conexión en la jurisdicción contenciosa administrativa es el llamado fuero de atracción. En virtud de dicha figura, al demandarse de forma concurrente a una entidad estatal, cuyo conocimiento corresponde a esa jurisdicción y a otra entidad, en un caso en el que la competencia corresponde a la jurisdicción ordinaria, el proceso debe adelantarse ante la primera, la cual tiene competencia, entonces, para fallar acerca de la responsabilidad de las dos demandadas.

(...)"

En conclusión, si bien a la demanda también se vinculó a una institución de educación superior de carácter privado, en virtud del fuero de atracción, es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la competente para resolver el litigio dado que el conflicto fue dirigido contra una entidad pública con la pretensión de lograr, entre otras cosas, la nulidad de los actos administrativos que negaron el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación que reclamó el demandante conforme al régimen de Congresistas, por haber ostentado la calidad de funcionario de la Rama Judicial en el cargo de Magistrado del Consejo de Estado.

Análisis de la Sala

Establecido lo anterior, procede la Sala a desatar la controversia en el siguiente orden: 1. Obligatoriedad de la afiliación de un trabajador al seguro social antes de la Ley 100 de 1993; 2. Cómputo para pensión de las semanas no cotizadas al ISS antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones; 3. Régimen especial de pensiones dispuesto para los Congresistas; 4. Aplicación del régimen de Congresistas a los Magistrados de Altas Cortes; 5. Aplicabilidad de la sentencia C- 258 de 7 de mayo de 2013, que declaró inexecutable algunos apartes del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 a situaciones consolidadas con anterioridad a su expedición.

Obligatoriedad de la afiliación de un trabajador al seguro social obligatorio antes de la Ley 100 de 1993.

Con la expedición de la Ley 6 de 1945, que contiene el primer Estatuto Orgánico del Trabajo, el legislador impuso las obligaciones que debía asumir el patrono mientras se organizaba el seguro social obligatorio, entre las que fijó la de asumir el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación al trabajador que acreditara los requisitos de 20 años de servicio y 50 de edad, de la siguiente manera:

“La empresa cuyo capital exceda de un millón de pesos (\$1.000.000) estará también obligada:

(..)

c) A pagar al trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200), en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales, o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión.”.

Con posterioridad, la Ley 90 de 26 de diciembre de 1946, estableció el seguro social obligatorio de los trabajadores contra los riesgos de i) enfermedad no profesional, maternidad, ii) invalidez y vejez, iii) accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; iv) y muerte que estaban a cargo del empleador en virtud de la Ley 6 de 1945, quienes siguieron asumiéndolas hasta que el seguro social recibiera el aporte establecido en la ley para arrojarse el pago de la prestación. Al respecto, el artículo 72 de la norma citada establecía lo siguiente:

“Las prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones **hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso. Desde esa fecha empezarán a hacerse efectivos los servicios aquí establecidos, y dejarán de aplicarse aquellas disposiciones anteriore** .

Para administrar las prestaciones laborales fijadas en la ley 6 de 1945, la Ley 90 de 1946 creó el Instituto de Seguros Sociale que, en relación con la pensión de vejez, dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 76. El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta ley, reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles, hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales.

En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que en el momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar en dicho riesgo, serán menos favorables que las establecidas para ellos por la legislación sobre jubilación, anterior a la presente le .”.

La norma en cita evidencia que si bien los patronos mantuvieron la obligación de reconocer y

pagar las prestaciones que tenían a su cargo, esta se mantenía hasta que el seguro social subrogara la obligación, lo cual sucedería solo cuando se reunieran los recursos necesarios para cubrir su pago a través de las aportaciones que provenían del trabajador, el patrono y el Estado²⁹

. Así las cosas, la Ley 90 de 1946 creó la obligación de realizar cotizaciones a los seguros sociales con el fin de que el Instituto creado para su administración pudiera asumir el pago de las mismas, las cuales debían reunirse de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 21. El patrono estará obligado a entregar la totalidad de la cotización, es decir, tanto su propio aporte como el de sus asalariados, en su caso, a la correspondiente Caja Seccional, en el tiempo y forma que establezca el Instituto. Este determinará si se aplica para los recaudos el sistema de estampillas y libretas o el de planillas, o cualquiera otro.

El patrono, al efectuar el pago del salario de cada asegurado, retendrá la parte de cotización que éste debe aportar en razón del período de trabajo cubierto por el salario y de la clase de riesgo de que se trate, y eventualmente, cualquier tasa, multa o reembolso exigibles del asegurado, de acuerdo con los reglamentos del Instituto.”.

El Código Sustantivo del Trabajo, adoptado a través de la Ley 2663 del 5 de agosto de 1950, en el artículo 259, mantuvo la obligación a cargo del patrono de pagar las prestaciones sociales a favor del trabajador, tales como la pensión de vejez, hasta que el riesgo fuera asumido por el Instituto de los Seguros Sociales, de la siguiente manera:

“1. Los empleadores o empresas que se determinan en el presente Título deben pagar a los trabajadores, además de las prestaciones comunes, las especiales que aquí se establecen y conforme a la reglamentación de cada una de ellas en su respectivo capítulo.

2. Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejarán de estar a cargo de los empleadores cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto de los Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto.”.

Posteriormente, el Decreto 3041 de 1966, que entró a regir el 11 de enero de 1967, aprobó el Reglamento General del Seguro Social y reiteró la obligación del Seguro Social para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte de origen no profesional para los trabajadores nacionales y extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo presten servicios a patronos de carácter particular.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 3 ibídem, los únicos excluidos del Seguro Obligatorio de invalidez, vejez y muerte, eran las personas que ejecutaran trabajos ocasionales extraños a la empresa, labores temporales con jornadas anuales inferiores a 90 días, trabajos agrícolas estacionales o temporales (siembra, cosecha) y los extranjeros con contrato no mayor a un año.

Por otra parte, los artículos 60 y 61 ibídem, establecieron la subrogación paulatina de la pensión de jubilación para aquellos trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales reunían 15 años de servicios continuos o discontinuos, de la siguiente manera

:

“ARTICULO 60. Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lleven 15 años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000) moneda corriente o superior, ingresarán al Seguro Social obligatorio como afiliados para el riesgo de invalidez, vejez y muerte. Al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por el Código Sustantivo del Trabajo podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y este estará obligado a pagar dicha jubilación, pero continuarán cotizando en este seguro hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el instituto para otorgar la pensión de vejez, y en este momento el instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el instituto y la que le venía siendo pagada por el patrono.”.

Los recursos que conformaban las cotizaciones para cubrir las prestaciones creadas a favor de los trabajadores por la Ley 6 de 1945, fueron modificados por el Decreto 433 de 1971, que reorganizó el ISS, en el sentido de eliminar el sistema tripartito en el que realizaban aportaciones el trabajador, el empleador y el Estado, pues excluyó a este último de dicha obligación en el siguiente sentido:

“ARTICULO 31. Los recursos necesarios para cubrir las prestaciones en especie y en dinero, y los servicios sociales que se llegaren a establecer, correspondientes a los seguros sociales y los gastos de administración de los mismos, serán obtenidos así:

a). Mediante cotización que deberán pagar los trabajadores asalariados y todos los que perciban retribución por los servicios prestados bajo la subordinación de otra persona, siempre que no fueren ocasionales ni ajenos a la actividad de la empresa. La cotización laboral se pagará sobre la remuneración total que por concepto de salario o de otras retribuciones de carácter ordinario y normal, perciba el trabajador en razón de tales servicios. Esta cotización se destinará al financiamiento del Seguro social establecido en beneficio de este grupo de asegurados;

b). Mediante cotización a cargo de la persona natural o jurídica a la cual o por cuya cuenta el trabajador presta el servicio, que se pagará sobre la remuneración total que por concepto de salario o de otras retribuciones de carácter ordinario y normal, perciba el trabajador en razón del servicio prestado. Esta cotización se destinará al financiamiento del seguro social establecido en beneficio de los trabajadores asalariados;

(...)

e). El Estado contribuirá al financiamiento de los seguros sociales mediante un aporte anual que se señalará en los presupuestos de renta y gastos de la Nación, en proporción al costo total de las prestaciones y servicios de aquellos. El aporte del Estado se aplicará a incrementar los fondos de solidaridad destinados a contribuir al financiamiento de las prestaciones y servicios de los seguros sociales en beneficio de los sectores de la población y de las zonas económicamente más débiles del país. El aporte anual del estado para los programas de los seguros sociales no podrá ser inferior a una cuarta parte del costo anual global de las prestaciones y servicios otorgados por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.”.

De lo anterior la Sala concluye lo siguiente:

El Seguro Social que fue creado para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, es obligatorio desde la expedición de la Ley 6 de 1945.

A partir de la expedición de la Ley 90 de 1946, las prestaciones tales como la pensión de vejez a cargo del empleador, serían asumidas por el ISS cuando se hubiera reunido el aporte señalado en la ley a cargo del trabajador y el empleador, éste último encargado de la recaudación.

El ISS asumía el reconocimiento y pago de la obligación sólo cuando el empleador realizaba el aporte proporcional al tiempo que el trabajador había laborado en la empresa, de lo contrario, la empresa mantenía la obligación de asumir la prestación.

Cómputo para pensión de las semanas no cotizadas al ISS antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones

Establecida la obligatoriedad de patronos y trabajadores de realizar cotizaciones al ISS desde el año 1946, para que éste asumiera el reconocimiento y pago de las prestaciones tales como la pensión de vejez, procede la Sala a determinar las consecuencias del incumplimiento de ese deber.

A través de los Decretos 2665 de 198 y 3063 de 198

, el Gobierno Nacional fijó el Reglamento General de Sanciones, Cobranzas y Procedimientos del ISS y aprobó el Reglamento General de Registro, Inscripción, Afiliación y Adscripción a los Seguros Sociales obligatorios del ISS, señalando expresamente las sanciones en que incurría el patrono que no realizaba la afiliación obligatoria de un trabajador y no pagaba oportunamente los aportes.

En los casos en que el patrono no realizó la afiliación del trabajador teniendo la obligación legal de hacerlo, los artículos 70 y 71 del Decreto 3063 de 1989, señalan las siguientes consecuencias:

“Artículo 70. OMISION EN LA INSCRIPCION DEL TRABAJADOR. Sin perjuicio de lo establecido para el período de protección, la calidad de afiliado al régimen es requisito necesario para que una persona y sus derechohabientes queden protegidos, de acuerdo con los reglamentos respectivos, contra las contingencias de enfermedad general y maternidad, invalidez, vejez, muerte, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y asignaciones familiares. Por lo tanto, el patrono que no hubiere inscrito a sus trabajadores estando obligado a hacerlo, deberá reconocerles a ellos y a los derechohabientes, las prestaciones que el ISS les hubiere otorgado en el caso de que la afiliación se hubiere efectuado, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar.

Artículo 71. INSCRIPCION TARDIA. El Instituto sólo será responsable de las prestaciones económico - asistenciales propias del régimen de los seguros sociales obligatorios a partir de la fecha de inscripción. El empleador o patrono responderá por las prestaciones causadas con anterioridad a dicha fecha, en los términos señalados en el artículo anterior.”.

Así, la omisión de una obligación legal como la afiliación de los trabajadores al Seguro Social genera consecuencias para el patrono incumplido que, en tratándose del riesgo de vejez, consiste en asumir el pago de la prestación. Sin embargo, para que ello ocurriera, era necesario que el trabajador completara los requisitos pensionales con el mismo patrono porque, en caso contrario, la proporción de tiempo dejado de cotizar no se acumulaba cuando la prestación era asumida por

el ISS debido a que el artículo 73 del Decreto 2665 de 1988 la consideraba una “deuda inexistente”, por tratarse de un cobro posterior a la terminación del vínculo laboral. El texto de la norma es el siguiente:

“CLASIFICACION DEL DEBIDO COBRAR. Para efectos de la recuperación de cartera, el Debido Cobrar se clasifica así:

1. Deudas recuperables. Se presume que son deudas recuperables, las causadas por concepto de aportes, multas e intereses, que tengan una mora no superior a doce (12) ciclos. Cuando la deuda sea de otra naturaleza, se tendrá como recuperable la que no hubiere sido calificada como de "difícil cobro" por la Comisión de cobranzas Seccional o Local respectiva.

(...)

4. Deudas inexistentes. Se consideran deudas inexistentes aquellas que no se han causado de acuerdo con los Reglamentos de los Seguros Sociales.

Son deudas inexistentes:

a). Los aportes patrono-laborales cobrados por seguros respecto de los cuales se encuentra exonerado el afiliado.

b). Los aportes patrono-laborales cobrados con posterioridad a la cesación del vínculo laboral.

c). Los aportes facturados por error y respecto a un trabajador o a un grupo de trabajadores que prestan servicios en empresa diferente a la facturada;

d). Cuando se facturan sanciones e intereses no causados o cuyo valor no corresponde al liquidado o impuesto, y

e). Las calificadas como tales conforme a la ley y los Reglamentos por el Director General o por el funcionario en quien él haya delegado esta facultad, mediante resolución motivada.

(...)“.

La consecuencia de que la obligación fuera declarada inexistente por haber sido cobrada con posterioridad a la terminación del vínculo laboral, era que las semanas respecto de las cuales se omitió realizar aportes no eran acumulables para acceder a las prestaciones propias de los Seguros Sociales porque no se reunían los recursos necesarios para que el ISS pudiera cubrirla (artículo 74 ibídem).

Ahora bien, con la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, el tiempo laborado con anterioridad a su expedición, que no había sido objeto de cotizaciones por omisión del empleador de afiliar a sus trabajadores, es computable para reunir el requisito de tiempo de servicio para acceder a la pensión de vejez. Así lo establece el artículo 33 de la citada ley, con el siguiente tenor literal:

“ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ.

(...)

PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

(...)

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional.

Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota part.”.

La norma en cita debe interpretarse de manera armónica con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, según el cual le corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes, adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador, previa determinación de los valores adeudados. La liquidación de tales sumas “prestará mérito ejecutivo”.

La disposición anterior fue reglamentada por el Decreto 2633 de 1994, que establece el procedimiento para constituir en mora al empleador incumplido y el cobro por jurisdicción coactiva y por jurisdicción ordinaria de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Civil (artículos 561 a 568).

En este orden de ideas, la entidad administradora encargada del reconocimiento de la prestación debe adelantar el cobro de las sumas adeudadas por el empleador que haya incumplido el deber legal de recaudar las cotizaciones necesarias para cubrir el riesgo de vejez, entre otras prestaciones, dado que la obligación de afiliación y cotización a los seguros sociales se impuso desde la vigencia de la Ley 90 de 1946.

El argumento de la inexistencia de la obligación alegado por el ISS no es de recibo en este caso porque el empleador tenía la obligación legal de realizar la totalidad de las cotizaciones de sus trabajadores a los Seguros Sociales con el fin de reunir los recursos necesarios para el pago de la prestación. La omisión no puede generar consecuencias negativas para el trabajador que tiene la expectativa legítima de reunir el tiempo de servicio requerido para acceder a la pensión de vejez computando las semanas laboradas no cotizadas, dado que ello implicaría el desconocimiento del derecho a la seguridad social que erige el Sistema General de Pensiones.

Así, con la expedición del Sistema General de Seguridad Social que desarrolló el artículo 48 Constitucional, el acceso a la pensión de vejez de quienes se encuentran en la situación descrita, debe ser resuelto conforme a los principios y derechos que instituyen el Estado Social de Derecho como son la igualdad, la seguridad social y el mínimo vital, máxime si se tiene en cuenta que antes de su vigencia, existía la obligación de cotizar a los seguros sociales.

En relación con el tema, la Corte Constitucional en sentencia T-784-10 de 30 de septiembre de 2010, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, consideró lo siguiente:

“(…)

En este sentido, el aprovisionamiento de capital para hacer las contribuciones al subsistema de pensiones y la efectiva realización de éstas es una misma obligación y hasta tanto no se efectuó el llamado por parte del Instituto de Seguros Sociales, ésta nunca surgió a la vida jurídica.

No obstante, de esta interpretación surge un problema y es que todos aquellos trabajadores que laboraron antes de la expedición de la Resolución 4250 de 1993 que no alcanzaron a cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez y fueron desvinculados por algún motivo de esta clase de empresas, no podrían acumular el tiempo laborado al subsistema de pensiones y por tanto verían frustrada su pensión de vejez, prestación que es concreción del derecho fundamental a la seguridad social.

Esta visión pugna con el ordenamiento constitucional, pues el tiempo que se debería cotizar al Sistema de Seguridad en Pensiones por parte de estos trabajadores sería mayor al que una persona en similares condiciones tendría que realizar. (...)

Adicionalmente, debe mencionarse que, aunque existen decisiones de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que no comparten la interpretación ahora realizada^[18], también se encuentran ocasiones análogas en las que el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria ha llegado a la misma conclusión a la que ahora arriba la Sala de Revisión. Ejemplo de esta posición jurisprudencial es la reciente sentencia de 22 de julio de 2009, expediente 32922, en la que se estudió el caso de un trabajador cuya empresa no estuvo obligada a inscribirlo al ISS durante parte del tiempo en que laboró a su servicio, resultando que dicho tiempo no contaba a efectos de su pensión por muerte; en esta ocasión la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema manifestó:

“No son admisibles aquellas interpretaciones del texto que distinguiendo lo que el legislador no distingue, conduzcan a dejar por fuera del derecho a habilitar sus tiempos servidos a un empleador, los mismos por los que no se hicieron cotizaciones a los seguros sociales obligatorios; ya porque se crea que basta mirar el día anterior a la vigencia de la ley, y hacer caso de la circunstancia principal que con anterioridad el empleador si había tenido a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones; tampoco, si se hacen diferencias a partir de la causa por la que no se hicieron cotizaciones, dejando por fuera a los trabajadores de los empleadores según este haya debido o no hacer cotizaciones; ciertamente, es razón válida para que no opere la subrogación pensional a cargo del ISS, y el empleador tenga a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, es que el empleador no haya afiliado a su trabajador, ya por que no hubo el llamado a la afiliación, o porque hecha la convocatoria no se cumplió con el deber de afiliar, o porque era una empresa de un sector en el que seguros obligatorios no tenían cobertura pensional.”

Y posteriormente agrega:

“De igual manera el periodo que se ha de tomar, respecto al cual el empleador tenía a su cargo el pago y reconocimientos de pensiones, es todo aquel por el que el trabajador prestó

sus servicios al empleador sin que se efectuaran las cotizaciones a una entidad de seguridad social, el mismo que el trabajador tiene derecho se le habilite en el Sistema General de Pensiones, mediante la contribución a pensiones correspondiente.”^[19]

(...)”.

Luego, en sentencia T-398 de 2 de julio de 2013, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, al estudiar un asunto de similares características al anterior, la Corte Constitucional reiteró lo dicho, de la siguiente manera:

“Por tanto se deduce que los trabajadores que se encontraban vinculados con empleadores del sector privado que tenían a su cargo el pago de la pensión de jubilación, tenían una simple expectativa de su derecho para la obtención de dicha prestación, sujeta al cumplimiento de las condiciones establecidas por la ley.

En este sentido, la Sentencia C- 506 de 2001^[14] reiteró lo establecido en la sentencia C-177 de mayo 4 de 1998^[15], en cuanto a la ausencia, con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, del derecho de acumular “los tiempos servidos en el sector privado que llevaran al reconocimiento de la pensión, si no se cumplían integralmente los requisitos exigidos para acceder a la pensión dentro de la empresa privada respectiva”; entonces, si no se acreditaban de manera completa tales condiciones “no se consolidaba el derecho a la prestación y las semanas servidas a la entidad no podían tenerse en cuenta para efectos de ninguna otra pensión”. Así, se afirmó que tal garantía solo surgió en la fecha en que entró a regir la mencionada legislación.

Se alude que en el momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, nació asimismo la obligación de los empleadores del sector privado, que tenían el deber del reconocimiento y pago de la pensión de vejez, el aprovisionamiento futuro de los cálculos actuariales correspondientes al tiempo total de servicio del trabajador.

Al respecto la Sentencia T- 784 de 2010 estableció:

“El régimen jurídico instituido por la ley 90 de 1946, a la par que instituyó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, creó una obligación trascendental en la relación de las empresas con sus trabajadores: la necesidad de realizar la provisión correspondiente en cada caso para que ésta fuera entregada al Instituto de Seguros Sociales cuando se asumiera por parte de éste el pago de la pensión de jubilación.

Resalta la Corte que, a pesar de que la instauración iba a ser paulatina, desde la vigencia de la ley 90 de 1946 se impone la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para la realizar las cotizaciones al sistema de seguro social”.

En cuanto a la obligación de los empleadores de realizar los aprovisionamientos de los cálculos actuariales correspondientes al tiempo servido por el trabajador, expresó:

“Tal y como quedo señalado en la parte considerativa de esta sentencia, la interpretación que se encuentra acorde a la Constitución, es que desde la entrada en vigencia del artículo 72 de la Ley 90 de 1946 se impuso la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para la realizar el aporte previo al sistema de seguro social en el momento en que el Instituto de Seguros Sociales asumiera la obligación. Asunto diferente es la obligación de inscripción de los trabajadores al Instituto, lo que en el caso de las empresas de petróleos sólo se materializó con la entrada en vigencia de la resolución 4250 de 1993 expedida por el Instituto de Seguros Sociales”.

Finalmente, luego de un estudio exhaustivo, la Sala concluyó que, los empleadores tienen a su cargo la obligación directa de realizar los aprovisionamientos a futuro de las sumas necesarias correspondientes al tiempo laborado por el trabajador, con el fin de efectuar el aporte al sistema de seguridad social, en el mismo momento en el cual el ISS, ahora Colpensiones, asumió dicha obligación.

Este avance jurídico, constituye un progreso significativo dentro del mandato constitucional de los principios consagrados en el Sistema de Seguridad Social, en torno a la progresividad y universalidad de éste.”.

Lo anterior permite concluir que las semanas laboradas por el trabajador no afiliado a los Seguros Sociales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 son computables para efectos de reunir el requisito de tiempo de servicio exigido por la ley para la pensión de vejez.

Ahora bien, como en este caso la prestación pensional del demandante se consolidó estando afiliado al ISS, hoy Colpensiones, es esa la entidad encargada de conformar la historia laboral y reunir los bonos y títulos pensionales a que haya lugar para financiar el pago de la pensión de vejez. En tal virtud, las semanas dejadas de cotizar por la omisión de afiliación con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, deben ser liquidadas a través del cálculo actuarial en los términos dispuestos en el Decreto 1887 de 1994.

El cálculo actuarial constituye el título de liquidación de la deuda que el empleador incumplido está obligado a trasladar al ISS, hoy Colpensiones, o al Fondo encargado de asumir el reconocimiento y pago de la prestación pensional. Al respecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 11 de marzo de 2010, Exp. 1266-06, M.P. Dr. Gerardo Arenas, al decidir la acción de nulidad incoada contra el artículo 17 del Decreto 1474 de 199

, consideró lo siguiente:

“El campo de aplicación de los títulos pensionales lo describe el artículo 1º del Decreto 1887 de 1994, así:

“El presente decreto establece la metodología para el cálculo de la reserva actuarial o cálculo actuarial que deberán trasladar al Instituto de Seguros Sociales las empresas o empleadores del sector privado que, con anterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones, tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, en relación con sus trabajadores que seleccionen el régimen de prima media con prestación definida y cuyo contrato de trabajo estuviere vigente al 23 de diciembre de 1993 o se hubiere iniciado con posterioridad a dicha fecha, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993...”

La finalidad de dichos títulos se puede comprender mejor si se tiene en cuenta que dentro de los requisitos para obtener la pensión de vejez en el régimen de prima media está el de cumplir un tiempo mínimo de semanas de cotización. Dentro de tales cotizaciones la ley permite incluir, entre otros, “el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993”, y ese tiempo puede tomarlo en cuenta el Seguro Social, para reconocer la prestación por vejez, siempre y cuando, el empleador traslade la suma correspondiente del trabajador que se afilie, representada por un bono o un título pensional. Ya que el ISS es la administradora del régimen de prima media, se entiende que para poder incluir, para efectos pensionales, el tiempo de servicios prestados a los empleadores del sector privado, es necesario que tal Instituto cuente con el capital correspondiente a las cotizaciones por el total de tiempo de servicios.

La referida finalidad aparece reiterada en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 “por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”, concretamente en su párrafo 1º en el que señala que para efectos del cómputo de las semanas para la pensión de vejez se tendrá en cuenta, entre otros, el tiempo de servicios como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se hubiera iniciado con posterioridad a la vigencia de dicha ley.”.

Establecido lo anterior resulta evidente que los argumentos expuestos por la Universidad Externado de Colombia en el recurso de apelación no son de recibo porque el hecho de que la pensión no se hubiera causado mientras estuvo vigente el vínculo laboral no exime al empleador incumplido del pago de las cotizaciones dado que la obligación de recaudar los recursos para financiar la prestación pensional se impuso desde la expedición de la Ley 90 de 1946.

Además, desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es posible computar para pensión el tiempo laborado que no había sido objeto de cotizaciones por omisión del empleador de afiliar a sus trabajadores con anterioridad a la vigencia del Sistema, por expresa disposición del artículo 33 ibídem.

El argumento según el cual se desconoció el principio de irretroactividad de la ley por aplicar normas expedidas con posterioridad a la terminación del vínculo laboral tampoco tiene sustento dado que el derecho pensional del actor se consolidó en vigencia de la Constitución Política de 1991 y del Sistema General de Pensiones, razón por la cual, la interpretación que gobierna el asunto debe ser la más favorable al trabajador tal como lo ordena el artículo 53 de la Carta.

Así, la declaratoria de deuda inexistente dispuesta en el artículo 74 del Decreto 2665 de 1988, resulta inaplicable en este caso porque desconoce el derecho fundamental a la seguridad social

dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política dado que la consolidación del derecho pensional del actor se dio con posterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, que permite expresamente el computo del tiempo laborado con un empleador que omitió la afiliación de sus trabajadores a los Seguros Sociales.

Tampoco es de recibo la afirmación según la cual éste proceso revivió un debate jurídico terminado en la Jurisdicción Coactiva porque se trata de procedimientos de diferente naturaleza que tienen objeto y causa disímiles. El de Jurisdicción Coactiva está encaminado a producir y hacer efectivo un título ejecutivo, y el de nulidad y restablecimiento del derecho es un proceso judicial en el que se estudia la legalidad de un acto administrativo particular para lograr el restablecimiento de un derecho lesionado; es un procedimiento declarativo que constituye el título ejecutivo.

Las partes, el objeto y la causa, en este caso, son disímiles a las que intervinieron y debatieron en el proceso de Jurisdicción Coactiva iniciado por el ISS en contra de la Universidad Externado de Colombia porque allá se pretendió el cobro de sumas de dinero, aquí lo debatido es la legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales el Instituto de Seguros Sociales le negó al demandante el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por no acreditar el requisito de tiempo de servicio.

Diferente es que, en virtud de ese estudio de legalidad, se vinculó a la Universidad Externado de Colombia como tercero interesado para garantizarle el derecho al debido proceso dado que el señor Urueta Ayola solicitó la inclusión del tiempo laborado en esa institución para acceder a la pensión de vejez, pretensión que resulta procedente por las razones expuestas.

Todo lo anterior permite concluir que el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, deberá realizar el cálculo actuarial de las semanas dejadas de cotizar por la omisión de la Universidad Externado de Colombia, conforme a lo dispuesto en el Decreto 1887 de 1994, durante el tiempo que el señor Manuel Santiago Urueta Ayola laboró como docente de esa institución educativa, estos es, del 1 de febrero de 1967 al 31 de enero de 1987, descontando las interrupciones certificadas.

En cumplimiento de esta orden judicial, y bajo las directrices expuestas, el ISS liquidará el cálculo actuarial que la Universidad Externado de Colombia deberá trasladar a esa entidad para financiar el pago de la pensión de vejez del demandante en los términos dispuestos en la Ley.

Resuelto el primer problema jurídico, resulta evidente que los actos administrativos demandados, en cuanto negaron el derecho pensional por no reunir el demandante 20 años de servicio, deben ser declarados nulos por las razones expuestas y, en consecuencia, el segundo problema a resolver consiste en determinar si para la fecha de la solicitud del reconocimiento pensional (10 de junio de 200), el señor Urueta Ayola reunía los requisitos para acceder a la prestación en los términos del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, reglamentado por los Decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994, que contienen el régimen pensional especial de los Congresistas extendido a los Magistrados de Altas Cortes por el Decreto 104 de 1994.

Régimen Especial de Pensiones para Congresistas

En desarrollo del artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política, se expidió la Ley 4ª de 1992 que en su artículo 17 ordenó establecer un régimen especial de pensiones para Senadores y Representantes en los siguientes términos:

“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 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 las 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 decreta la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva.”.

La Corte Constitucional, en sentencia C-608 de 1999 declaró exequible el artículo citado por no encontrarlo opuesto a los mandatos constitucionales ni romper el principio de igualdad, sin embargo, condicionó la decisión en tres aspectos, como son: 1. La expresión “por todo concepto” sólo puede incluir los rubros que tengan carácter remuneratorio en cada caso 2. El monto pensional equivalente al 75% de lo devengado debe fijarse en relación directa y específica con la situación del Congresista individualmente considerado. 3. No hay lugar a la unidad de materia porque se demandó apenas una de las disposiciones legales que conforman el régimen, sin embargo, tanto el Legislador al fijar las pautas generales, como el Presidente al desarrollarlas, “deben procurar la integración de un sistema normativo armónico y coherente que, en su conjunto, promueva los valores de la igualdad, la solidaridad y la responsabilidad, que sea económicamente viable, relacionadas las distintas variables que inciden en la carga pensional que, respecto de los congresistas, habrá de asumir el Estado”.

El artículo 17 de la Ley 4 de 1992, fue objeto de un nuevo análisis de constitucionalidad en la sentencia C- 258 de 7 de mayo de 2013, que declaró inexecutable el aparte “durante el último año y por todo concepto” y exequibles las demás expresiones con algunos condicionamientos. Sin embargo, la providencia citada no será objeto de análisis en este punto de la controversia por razones pedagógicas dado que resulta necesario en primer lugar fijar el marco normativo del régimen pensional especial de Congresistas incluyendo los decretos que lo reglamentaron, para luego determinar si la decisión de la Corte Constitucional tiene la virtualidad de modificar las situaciones pensionales consolidadas con anterioridad a su expedición, como sucede en este caso.

Así, procede la Sala al análisis de los Decretos expedidos por el Presidente de la República en desarrollo de las directrices dadas por el Legislador en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, de la siguiente manera:

El Decreto 1359 de 12 de julio de 1993, estableció el régimen especial de pensiones, así como de reajustes y sustituciones de las mismas, aplicable a los Senadores y Representantes a la Cámara que a partir de la vigencia de la Ley 4 de 1992, tuvieran esa calidad. Determinó que la entidad encargada del pago de las prestaciones a los Congresistas continuaría siendo el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, creado por la Ley 33 de 1985 y, en desarrollo del régimen especial, también es la entidad competente para reconocer las pensiones de jubilación e invalidez a quienes acrediten los requisitos dispuestos en el artículo 4 del Decreto, como so

1

:

Encontrarse afiliado a la entidad pensional del Congreso y estar efectuando cumplidamente las cotizaciones o aportes respectivos.

Haber tomado posesión de su cargo.

El párrafo del artículo 4 también permitió la aplicación del régimen especial a aquellos Congresistas que teniendo la pensión reconocida por cualquier otra entidad, cumplieran las condiciones establecidas en el artículo 1, inciso 2 de la Ley 19 de 1987, esto es, estar afiliados al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República y tener aportes no inferiores a un año .

Los artículos 5 y 6 del Decreto 1359 de 1993, establecen el ingreso base de liquidación pensional y el porcentaje del mismo en los términos dispuestos en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, esto es, en cuantía equivalente al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devenguen los Congresistas en ejercicio, incluyendo especialmente el sueldo básico, los gastos de representación, la prima de localización y vivienda

, prima de transporte, prima de salud, prima de navidad y toda otra asignación de la que gozaren. Adicionalmente, determinó que la cuantía no estaría sujeta al límite dispuesto en el artículo 2 de la Ley 71 de 1988, esto es, 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En relación con los requisitos pensionales, el artículo 7 ibídem dispone:

“Cuando quienes en su condición de Senadores o Representantes a la Cámara, lleguen o hayan llegado a la edad que dispone el artículo 10, párrafo 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 7° 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.”.

Ahora bien, antes de establecer con exactitud los requisitos pensionales de que trata la norma citada, procede la Sala a determinar el campo de aplicación del régimen especial de Congresista en los siguientes términos:

Régimen especial de transición para acceder al régimen especial de Congresistas

El Decreto 1293 de 1994, “establece el régimen de transición de los senadores, representantes, empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión Social del Congreso” advirtiendo en el artículo 1 que el Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993 se aplicará a los servidores públicos enunciados con excepción

de los beneficiarios de la transición dispuesta en el Decreto Reglamentario de la siguiente manera:

“Artículo 2. Los senadores, los representantes, los empleados del Congreso de la República y empleados 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 uno de los siguientes requisitos:

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

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

.”.

En principio, el artículo 2 del Decreto 1293 de 1994, que establece el régimen de transición especial de Congresistas es una reiteración de lo dispuesto en el artículo 36 de Ley 100 de 1993 que establece el régimen de transición general dispuesto con motivo de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, con el fin de salvaguardar los derechos de quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse con el régimen anterior.

Sin embargo, al analizar de manera armónica la norma anterior con el artículo 3 del Decreto en mención, se deduce que el régimen de transición especial de Congresistas no es una simple transcripción del dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 porque los beneficios de uno y otro son diferentes.

El texto del artículo 3 del Decreto 1293 de 1994, es el siguiente:

“Artículo 3o. Beneficios del régimen de transición. 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, así como el monto de la pensión, forma de liquidación de la misma e ingreso base de liquidación establecidos en el mismo decreto.

(...)

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 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.”

En este orden, los beneficios de la transición otorgados en el régimen especial de Congresistas son adicionales a los que ofrece el régimen de transición general dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dado que el primero, como se indicó antes, les permite acceder a la pensión en los términos del régimen especial por ostentar la calidad de Congresistas y, el segundo, garantiza las expectativas de quienes estaban próximos a pensionarse al momento del cambio legislativo permitiéndoles acceder a la prestación en los términos del régimen pensional que disfrutaban con anterioridad.

En tal sentido, los Congresistas que acrediten los requisitos de la transición podrán optar por acceder a la pensión en los términos del régimen que disfrutaban antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 o por obtenerla en virtud del régimen especial de Congresistas aplicable a quienes ostentan esa calidad por el tiempo mínimo exigido en la Ley y reúnen los requisitos pensionales de edad y tiempo de servicio.

Si bien de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 1293 de 1994, que fija el campo de aplicación del régimen especial de transición, el Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993 se aplica a todos los Congresistas y empleados del Congreso de la República y Fonprecon, están exceptuados de su aplicación quienes, en ejercicio de esa calidad, acrediten los requisitos de la transición especial.

En este punto es necesario advertir que las normas que restringían la aplicación del régimen especial de Congresistas solo a quienes ostentaron esa calidad o, la de Magistrados de Altas Cortes, al 1 de abril de 1994, fueron declaradas nulas por esta Corporación a través de las siguientes providencias:

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sentencia de 18 de noviembre de 2002, expediente IJ-008, actor Luís Fernando Velandia, Consejero ponente doctor Pedro Charria Angulo, que declaró la nulidad del aparte del artículo 25 del Decreto 043 de 199 que limitaba la aplicación del régimen a los Magistrados “que a 1º 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”, por considerar que al incluir requisitos nuevos no previstos en la Ley para acceder al beneficio especial “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 (sic) ley.”.

Sección Segunda del Consejo de Estado, sentencia de 2 de abril de 2009, Exp. No. 5678-03 M.P. Gerardo Arenas Monsalve, que declaró la nulidad del literal b) del parágrafo del artículo 11 del Decreto 816 de 200, según el cual no tenían derecho a la aplicación del régimen de transición de Congresistas quienes **“Hubieren sido elegidos como congresistas por primera vez para la legislatura de 1998 y posteriores o que habiendo sido elegidos en legislaturas anteriores, no hubiesen tomado posesión del cargo;** y la nulidad de la restricción contenida en el inciso 1 del artículo 17 ibídem, argumentando lo siguiente:

“(…)

Sin mayores esfuerzos interpretativos observa la Sala, con vista en el texto de las disposiciones que se acusan, que el ejecutivo al señalar en el PARAGRAFO del artículo 11 de Decreto 816 de 2002 factores de exclusión para la aplicación del régimen de transición de congresistas y, definir en el artículo 17 ibídem, el campo de aplicación del Régimen General de Pensiones para esta clase de servidores, introdujo modificaciones al régimen de transición previsto a través del Decreto 1293 de 1994.

(…)

Así las cosas, acogiendo el criterio ya expresado por la Corte Constitucional en el sentido de que en la fijación del régimen de transición existen unas expectativas que deben ser respetadas, las modificaciones introducidas al Decreto 1293 de 1994 a través de las disposiciones demandadas no se avienen a la Constitución. En materia de régimen de transición frente al tránsito legislativo, si bien no se está en presencia de un derecho consolidado a la pensión, se trata sí del **derecho a permanecer en el régimen diseñado, en este caso por el Decreto 1359 de 1993.**

Ha señalado la Corte Constitucional que una vez que haya entrado en vigencia la disposición que

consagra el régimen de transición, los trabajadores que cumplan con los requisitos exigidos para el mismo, consolidan una situación jurídica concreta que no se les puede menoscabar. Situación que a su vez adquiere la calidad de derecho subjetivo que no puede ser desconocido y le confiere a su titular la posibilidad del reconocimiento de la prestación en las condiciones prescritas en la normatividad anterior⁹¹.

Así, al efectuar el estudio de exequibilidad del artículo 4º de la Ley 860 de 2003 la Corte precisó:

“(…)

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)”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”; 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”.

(…)

La Corte, entonces, para efectos de fundamentar la exequibilidad condicionada de los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, distinguió el derecho a la pensión, que no se consolida sino cuando se cumplen los requisitos que permiten acceder a la prestación, del derecho a permanecer en el régimen diseñado por el legislador para proteger a quienes sin haber alcanzado el beneficio están próximos a adquirirlo.

(…)

Bajo esta línea, una vez fijado mediante el Decreto 1293 de 1994 el régimen de transición especial para congresistas, quienes cumplan con los requisitos en él establecidos consolidan una situación jurídica concreta que no puede ser desconocida y, frente a la existencia de una expectativa, no podía el ejecutivo introducir modificaciones y/o adiciones al régimen ya establecido en la materia, razón suficiente para declarar la nulidad de las disposiciones acusadas por no consultar el espíritu del artículo 58 de la C.P. y del artículo 2 de la Ley 4ª de 1992.

(…)”.

De la interpretación armónica de los Decretos expedidos por el Presidente de la República en desarrollo de lo establecido por el legislador en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, y las sentencias de nulidad expedidas por esta Corporación, se concluye que el régimen especial de transición de que trata el Decreto 1293 de 1994 habilita a quienes ostenten la calidad de Congresistas a acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación en los términos del régimen especial, siempre que acrediten los requisitos de la transición especial, sin condicionar el beneficio a quienes ejercían el cargo a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

En conclusión, los beneficios de la transición tanto del régimen general, como del especial de Congresistas, están contenidos en normas propias que han sido sometidas a estudios de constitucionalidad (artículo 36 de la Ley 100 de 1993) y legalidad (Decretos 1293 de 1994, artículo 4, y 380 y 816 de 2002) atendiendo la diferencia que existe entre uno y otro, dado que los beneficios que otorgan son distintos, sin embargo, tienen en común que los dos garantizan una situación jurídica concreta sustentada en una expectativa legítima de quien reúne los requisitos para acceder al régimen pensional que le resulte más favorable.

Por lo expuesto, y en aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, el beneficiario de la transición especial de Congresistas tiene la posibilidad de escoger entre los beneficios que le otorga el régimen general, en el sentido de acceder a la pensión en los términos del régimen que disfrutaba antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (artículo 36), y los que le concede el régimen especial de Congresista por el hecho de ostentar esa calidad, siempre que acredite los requisitos de edad, tiempo de servicio y permanencia mínima en el cargo dispuestos en el Decreto 1359 de 1993.

Establecido lo anterior, resulta pertinente advertir que los Congresistas, sean o no beneficiarios de la transición, deben realizar cotizaciones al sistema de pensiones en un porcentaje superior al establecido en la Ley 100 de 1993

para la generalidad de los trabajadores, por disposición expresa del artículo 6 del Decreto 1293 de 1994, así:

“MONTO DE LAS COTIZACIONES PARA EL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y PARA EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. El monto de las cotizaciones de los senadores y representantes para el sistema general de pensiones y para el sistema general de seguridad social en salud, sean o no beneficiarios del régimen de transición, se establecerá de la siguiente manera:

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.

b). para el sistema de salud, el monto total de la cotización será el que establezca el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. El punto porcentual para el Fondo de Solidaridad y Garantía, estará incluido en el monto total de la cotización.”.

Así, a pesar de que el Decreto 1293 de 1994, que fija el régimen de transición especial de Congresistas, fue expedido en vigencia de la Ley 100 de 1993, tanto los Congresistas beneficiarios de la transición especial excluidos del régimen general, como los que están sometidos al sistema general, deben realizar cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en un porcentaje superior al establecido para la generalidad de los trabajadores, en virtud de lo dispuesto en el régimen especial.

En conclusión, una vez establecido que el régimen especial de Congresistas creado por la Ley 4 de 1992 y desarrollado por los Decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994, resulta aplicable a los

Congresistas que son beneficiarios de la transición especial sin consideración a la fecha en que ejercieron el cargo, procede la Sala al análisis de los requisitos pensionales que deben acreditar para lograr el reconocimiento y pago de la pensión.

Requisitos pensionales en el régimen especial de Congresista

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 7 del Decreto 1395 de 1993, podrán acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación en los términos del régimen especial de Congresista quienes acrediten los siguientes requisitos:

Encontrarse afiliado a la entidad pensional del Congreso y estar efectuando cumplidamente las cotizaciones o aportes respectivos.

Haber tomado posesión de su cargo.

Llegar a la edad que dispone el párrafo 2 del artículo 1 de la Ley 33 de 198.

Reunir 20 años de servicios continuos o discontinuos en una o en diferentes entidades de derecho público incluido el Congreso, o cotizado en el sector privado ante el Instituto de Seguros Sociales, ISS.

En lo que tiene que ver con los requisitos de afiliación y tiempo de servicio es necesario hacer una interpretación armónica de las dos normas que los consagran dado que el primero está ligado al segundo por lo siguiente:

El requisito dispuesto en el artículo 7 del Decreto 1359 de 1993 permite la acumulación de tiempos cotizados en el sector privado y los laborados en calidad de Congresista para reunir 20 años, lo cual le permite al Congresista optar entre permanecer en la entidad de previsión que manejaba los Seguros Sociales (Instituto de Seguros Sociales-ISS-, Cajanal) o afiliarse al Fondo de Previsión Social del Congreso.

Lo anterior en razón a que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la única entidad encargada de administrar las cotizaciones obligatorias de los empleados del sector privado era el Instituto de Seguros Sociales y, en caso de omisión, quien asumía el riesgo era el empleador. Con la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, el régimen de prima media con prestación definida continuó siendo administrado por el ISS y por las Cajas que existían en esa época, respecto de quienes se encontraban afiliados (artículo 52), es decir, que es viable que el Congresista afiliado al ISS acceda a la prestación en los términos del régimen especial sin necesidad de trasladarse a Fonprecon.

La regla anterior también debe interpretarse de manera armónica con lo dispuesto en el párrafo del artículo 4 del Decreto 1359 de 1993, que remite a lo establecido en el artículo 1 de la Ley 19 de 198, bajo el entendido que el aporte “al Fondo” no podrá ser inferior a un (1) año, en forma continua o discontinua.

Lo anterior en razón a que el régimen especial no establece un tiempo mínimo de ejercicio del cargo de Congresista para acceder a la prestación en los términos del régimen especial y por tal razón, resulta necesario llenar tal vacío con la norma antes citada para evitar desigualdades dado que esa exigencia sólo fue dispuesta para **“Los Congresistas que para tomar posesión de sus cargos hayan de renunciar temporalmente a recibir la pensión de jubilación que les había sido reconocida con anterioridad”**.

Así, el requisito de permanencia mínima de un año en el cargo de Congresista, dispuesto en la Ley 19 de 1987, resulta exigible a todos los Congresistas que pretendan acceder a la pensión en los términos del régimen especial, pues resulta apenas lógico que en ambos casos, la prestación reconocida en condiciones especiales se financia con las cotizaciones de quienes ejercen esa dignidad.

Ahora bien, en relación con el requisito de la edad, se harán las siguientes precisiones:

El artículo 7 del Decreto 1359 de 1993, al establecer los requisitos para acceder a la prestación pensional determinó que la edad sería la establecida en el artículo 1, parágrafo 2 de la Ley 33 de 1985.

La remisión anterior fue objeto de análisis por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación de jurisprudencia proferida el 14 de octubre de 2010, Exp. No. 2036-08, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardil, en la que se concluyó que la edad a la que se remite el artículo 7 del Decreto 1359 de 1993, es de 50 años, decisión que se sustentó de la siguiente manera:

“El parágrafo transcrito contiene dos incisos y dos hipótesis, a saber:

La primera (consagrada en el inciso primero) consistente en que quienes cumplan la exigencia allí señalada, “....continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad.”. (Se destaca).

La segunda, cuyos destinatarios eran aquellos empleados oficiales que “...actualmente se hallen retirados del servicio...”, es decir, quienes a 13 de febrero de 1985, fecha de publicación de la Ley 33 en el Diario Oficial No. 36856 se encontraran en situación de retiro.

Se hubieran retirado del servicio tuvieron derecho al reconocimiento y pago de la pensión, “...de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.”.

A los Congresistas amparados por los presupuestos consagrados en el artículo 7° del Decreto 1359 de 1993, se les aplica la hipótesis señalada en el inciso primero del parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, es decir que a ellos se les aplican las disposiciones sobre edad que regían o se aplicaban a tales servidores antes de la Ley 33 de 1985.

Sobre el particular, en Sentencia de 29 de mayo de 2003 de la Subsección “B”, Sección Segunda del Consejo de Estado, C.P. doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, expediente 3054 -2002, actor Tomás Javier Díaz Bueno, se expresó que:

“Se aclara que la edad señalada en el parágrafo 2° del artículo 1° 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 2°, literal b), exige la edad de 50 años. Posteriormente el Decreto 1293 de 1994, remite a la misma norma como más adelante se explica. ”.

Dicha postura se reiteró mediante sentencia de la Sección Segunda de esta Corporación, de 12 de febrero de 2009, C.P. doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicado interno No. 1732-2008, en los siguientes términos:

“Aquí es preciso aclarar que dicho precepto al señalar que lleguen o hayan llegado a la edad que dispone el párrafo segundo del artículo 1º de la ley 33 de 1985 hace referencia es a las normas que con anterioridad señalaban la edad para acceder a la pensión.

(...)

Así lo entendió con meridiana claridad esta Sección en la sentencia de 29 de mayo de 2003, dictada en el proceso número 3054-02, cuando señaló:

“Se aclara que la edad señalada en el párrafo 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.”.

En vista de que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió reconocer la pensión de jubilación del demandante a partir del 29 de agosto de 1998, fecha en que cumplió 55 años de edad, y Fonprecon insiste en que esa es la edad para acceder a la prestación, procede la Sala a realizar un nuevo análisis de ese aspecto en los siguientes términos:

El texto del párrafo del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, al que remite el artículo 7 del Decreto 1359 de 1993, para establecer la edad de jubilación, es del siguiente tenor:

“ARTICULO 1o. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

(...)

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

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

El supuesto fáctico descrito en el primer inciso del párrafo le permite a quienes reunían 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, pensionarse con la edad que regía con anterioridad. En tal virtud, resulta necesario transcribir el artículo 2, literal b) del Decreto 1723 de 1964, que regía ese aspecto para los Congresistas, así:

“Los miembros del Congreso Nacional gozaran de las siguientes prestaciones e indemnizaciones:

(...)

Pensión mensual vitalicia de jubilación, equivalente a las dos terceras partes del promedio de las asignaciones devengadas durante el último año de servicios o del promedio de lo devengado en

los tres (3) últimos años, a opción del beneficiario, cuando hayan llegado o lleguen a cincuenta (50) años de edad y cumplido veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de la Ley 48 de 1962, prestados como empleados a cualquier entidad oficial o semioficial, incluyendo el tiempo servido en los cargos de Senador, Representante o Diputado.

(...).

El segundo inciso del párrafo, establece como supuesto fáctico que las personas con 20 años de servicio continuos o discontinuos acceden a la pensión con 50 años las mujeres y 55 años los hombres.

Por otra parte el artículo 3 del Decreto 1293 de 1994, preceptúa lo siguiente:

“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.”.

La diferenciación que el Legislador hizo entre estos dos grupos de Congresistas se sustenta en el hecho de que unos tienen una situación jurídica consolidada a 20 de junio de 1994 y los otros obtienen los requisitos pensionales de tiempo de servicio y edad con posterioridad, por lo que resulta lógico que el requisito de edad de jubilación sea más exigente en este último caso.

También se sustenta en que la Ley 33 de 1985, a la que remite el régimen especial de Congresistas, procuró la protección de las situaciones jurídicas consolidadas ante el cambio legislativo, pues estableció que las personas que contaban con 15 años de servicio a la fecha de su vigencia (13 de febrero), podían pensionarse con la edad que regía con anterioridad, esto es 50 años.

Del análisis armónico de las normas citadas, resulta evidente que la edad de Jubilación de los Congresistas es una para quienes reunieron el requisito de tiempo de servicio antes del 20 de junio de 1994, por tratarse de situaciones jurídicas consolidadas y otra para quienes reúnen 20 años de labores después de esa fecha.

Además el artículo 7 del Decreto 1359 de 1993, remite específicamente “a la edad que dispone el párrafo 2 del artículo 1 de la Ley 33 de 1985”, es decir, a la que consagrada en su tenor literal, y no a la que resulta de extender la transición legislativa dispuesta en el párrafo del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 dado que la aplicación del régimen especial de Congresistas supone el uso de una transición especial que no es acumulable con otra general dispuesta para quienes estaban próximos a pensionarse en el año 1985.

En tal virtud, la Sala replantea la jurisprudencia sobre el tema de la siguiente manera:

1. Los Congresistas que al 20 de junio de 1994 tenían una situación jurídica consolidada por

contar con más de 20 años de servicio a esa fecha se pensionan con 50 años de edad por disposición expresa del párrafo del artículo 3 del Decreto 1293 de 1994, que acoge la remisión que hace el artículo 7 del Decreto 1359 de 1993 al párrafo 2 de la Ley 33 de 1985 que, a su vez, remite al régimen anterior; en el caso de los Congresistas, el artículo 2 del Decreto 1723 de 1964.

Los Congresistas que en su condición de Senadores o Representantes a la Cámara reúnan 20 años de servicio con posterioridad al 20 de junio de 1994, se pensionan con 50 años de edad las mujeres y 55 los hombres, tal como se deduce del tenor literal del párrafo del artículo 1 de la Ley 33 de 1985.

En conclusión, los requisitos para acceder a la pensión de jubilación bajo el régimen especial de pensiones de Congresistas son: 1. Encontrarse afiliado al Fondo de Previsión Social del Congreso, al ISS o a la Caja de Previsión que administraba el régimen de prima media antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; 2. Acreditar aportes para pensión en ejercicio de cargo no inferiores a un año; 3. Acreditar 50 años de edad las mujeres y 55 los hombres, excepto en el caso dispuesto en el párrafo del artículo 3 del Decreto 1293 de 1994, aplicable únicamente a los Congresistas que a 20 de junio de 1994, reunían más de 20 años de servicio y por ello, pueden acceder a la prestación a los 50 años de edad; 4. Reunir 20 años de servicio continuos o discontinuos en entidades de derecho público o privado, incluido el prestado como Congresista.

4. Aplicación del régimen especial de los Congresistas a los Magistrados de Altas Cortes

El Decreto 104 del 13 de enero de 1994, por el cual se dictaron algunas disposiciones en materia salarial y prestacional de la Rama Judicial en desarrollo de la ley 4ª de 1992, en su artículo 28 señaló:

“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.”.

En el mismo sentido se pronunciaron los artículos 28 del Decreto 47 de 1993; 28 del Decreto 34 de 1996; y, 25 del Decreto 47 de 1997.

Por su parte, el artículo 25 del Decreto 65 de 1998, precisó:

“A los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, al Procurador General de la Nación, al Viceprocurador General de la Nación, Procuradores Delegados y al Director Ejecutivo de Administración Judicial, 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 párrafo del artículo 3º del Decreto 1293 de 1994.”

El Decreto 043 de 1999, introdujo algunas modificaciones a las regulaciones de los Decretos

salariales y prestacionales de los años anteriores

. Importa resaltar aquella según la cual los Magistrados pueden pensionarse teniendo en cuenta “los mismos factores” no solamente salariales, como se venía diciendo, sino todos los “factores”. En efecto dispuso la norma:

“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 1º 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.

(...)

Artículo 28. 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.”.

Como se advirtió antes, el aparte subrayado de la norma transcrita fue declarado nulo por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 18 de noviembre de 2002, expediente IJ-008, M.P. Dr. Pedro Charria Angulo, con los siguientes argumentos:

“Ante todo observa la Sala que el artículo 27 del Decreto acusado fue derogado por el artículo 1º del Decreto 937 de 1999.

Con posterioridad el artículo 30 del Decreto 2739 del 27 de diciembre de 2000 derogó en su totalidad el Decreto 43 de 1999.

Sin embargo, como quiera que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corporación las normas impugnadas pudieron producir efectos durante el lapso de tiempo en el cual estuvieron vigentes, procede el estudio de fondo acerca de su legalidad de acuerdo a los planteamientos contenidos en el concepto de la violación de la de la (sic) demanda, es decir, no se presenta la sustracción de materia.

(...)

A partir de la expedición del Decreto 104 del 13 de enero de 1994 y hasta el año 1998 inclusive, el Gobierno Nacional expidió sucesivos decretos, reiterando que a los Magistrados de las 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 (...)

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 1993 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, tiempo de servicio o cotizaciones y también, estar desempeñando los cargos en propiedad al 1º de abril de 1994.

Ninguno de tales condicionamientos se encontraba en las normas superiores (...)

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 1º de abril de 1994 y 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 (sic) ley.

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 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 la 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 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 (...)

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.”.

Finalmente, el Decreto 4171 de 2004, por el cual se dictaron disposiciones en material salarial y prestacional de la Rama Judicial para el año 200, no contempló disposición similar a la contenida en los artículos 28 del Decreto 104 de 1994, 28 del Decreto 47 de 1995, 28 del Decreto 34 de 1996, 25 del Decreto 47 de 1997, 25 del Decreto 65 de 1998, 25 del Decreto 043 de 1999, y 25 del Decreto 3568 de 2003, simplemente señaló:

“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.”.

La normativa citada evidencia que los Magistrados de las Altas Cortes pueden 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”, previstos en los Decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994. Además, establecieron que los Magistrados que cumplan las condiciones establecidas en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 “podrán también pensionarse cuando reúnan los requisitos de edad y tiempo de servicio señalados para los Congresistas en el parágrafo del artículo 3° del Decreto 1293 de 1994”.

Así las cosas, el sistema pensional de los Magistrados no sólo se asimila al de los Congresistas en cuanto a factores y cuantías de la pensión, sino también en cuanto a requisito.

Aplicabilidad de la sentencia C- 258 de 2013 a situaciones consolidadas con anterioridad a su expedición.

Luego del análisis del régimen especial de Congresistas dispuesto en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, reglamentado por el Presidente de la República a través de los decretos mencionados anteriormente, los cuales se encuentran vigentes, procede la Sala a establecer si los cambios introducidos a este régimen con motivo de la decisión de la Corte Constitucional, resultan aplicables a los Congresistas y Magistrados de Altas Cortes que hubieran consolidado su situación pensional antes de su expedición.

La Corte Constitucional, en sentencia C-258 de 7 de mayo de 2013 con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, luego del extenso análisis de constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, resolvió lo siguiente:

(...)

Segundo.- Declarar INEXEQUIBLES las expresiones “durante el último año y por todo concepto”, “Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal”, contenidas en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, así como la expresión “por todo concepto”, contenida en su parágrafo.

Tercero.- Declarar EXEQUIBLES las restantes expresiones del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, relativas al régimen pensional de los congresistas y de los demás servidores públicos a quienes les resulte aplicable, en el entendido que:

(i) No puede extenderse el régimen pensional allí previsto, a quienes con anterioridad al 1° de abril de 1994, no se encontraren afiliados al mismo.

(ii) Como factores de liquidación de la pensión solo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas.

(iii) Las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL) aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso.

(iv) Las mesadas correspondientes a pensiones reconocidas de conformidad con este régimen especial, no podrán superar los veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a partir del 1° de julio de 2013.

Cuarto.- Las pensiones reconocidas al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, con abuso del derecho o con fraude a la ley, en los términos del acápite de conclusiones de esta sentencia, se revisarán por los representantes legales de las instituciones de seguridad social competentes, quienes podrán revocarlas o reliquidarlas, según corresponda, a más tardar el 31 de diciembre de 2013.

Quinto.- En los demás casos de pensiones reconocidas de manera contraria a lo dispuesto en los numerales i, ii y iii del ordinal tercero, quienes tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones decretadas al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 deberán en el marco de su competencia tomar las medidas encaminadas para hacer efectivo el presente fallo, aplicando en lo pertinente, los artículos 19 y 20 la Ley 797 de 2003, en los términos del apartado de conclusiones de esta sentencia”..

La decisión anterior fue sustentada en los conceptos de estado social de derecho y sus finalidades, el derecho fundamental a la seguridad social, el desarrollo de éste a través del Sistema de Seguridad Social dispuesto en la Ley 100 de 1993, los casos exceptuados de su aplicación, la redefinición de derecho adquirido en el caso concreto, los conceptos de abuso del derecho y fraude de la ley, y la evolución del derecho viviente contrario a la Constitución.

Después de realizar un análisis extenso de la forma como se le ha dado aplicación al régimen especial de Congresistas, consideró la Corte Constitucional que se ocuparía de examinar **“no la constitucionalidad de la existencia del régimen especial de pensiones que favorece a ex congresistas y otros servidores –cuya constitucionalidad ya fue avalada por la Sentencia C-608 de 1999-, sino de sus elementos, tal como vienen siendo interpretados en el derecho viviente, y en tanto siguen surtiendo efectos para los beneficiarios del régimen de transición cobijados por la excepción antes señalada.”**. Lo anterior lo sustentó de la siguiente manera:

“(…) la Sala encuentra que el precepto demandó tal como viene siendo interpretado por el derecho viviente desconoce los artículos 13 y 48 Superiores, este último adicionado por el Acto legislativo 01 de 2005, por cuatro razones principales:

4.3.5.1. Permite que personas cobijadas por el régimen de transición, que no estaban afiliadas al régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 el 1° de abril de 1994, puedan beneficiarse de él si posteriormente fueron elegidas o nombradas Congresistas, Magistrados de Altas Cortes o en cargos a los que se extiende el régimen. Por tanto, esta interpretación conduce a que personas que no tenían una expectativa legítima de pensionarse según las reglas del régimen bajo estudio, sean protegidas por el régimen de transición, es decir, extiende un tratamiento diferenciado basado en la protección de expectativas próximas a un grupo de personas que no tenían una expectativa amparable bajo ese principio, lo que desconoce el principio de igualdad.

4.3.5.2. La interpretación vigente del precepto también lesiona el principio de igualdad, ya que conlleva a que un grupo de personas que pertenecen a los sectores mejor situados económicamente dentro de la población, sean favorecidos por ventajas también económicas de las que no gozan el resto de la población pensionada y que además suponen un alto subsidio con recursos públicos; en otras palabras, el precepto contiene un tratamiento diferenciado favorable en beneficio de un grupo que ya está en mejores condiciones que los demás grupos comparables. El tratamiento favorable se tradujo, en razón del derecho viviente, en que la brecha entre la pensión promedio y la pensión reconocida al amparo del artículo 17 fuera manifiestamente desproporcionada.

4.3.5.3. Al permitir que los recursos de la seguridad social no se destinen con prelación a los sectores más pobres y vulnerables, sino a personas con altos ingresos, cuyas cotizaciones carecen de una relación de correspondencia con el monto de la pensión que les fue reconocida, el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 según el derecho viviente también vulnera el principio de solidaridad.

4.3.5.4. Por último, la forma como viene siendo interpretada la disposición, conduce a la existencia de ventajas claramente desproporcionadas a favor de un grupo de personas en una situación socio-económica mejor que la del resto de la población, y que implican un sacrificio injustificado de los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia que rigen la seguridad social, así como un obstáculo al cumplimiento del mandato de ampliación progresiva del sistema de seguridad social para cubrir a las personas de menores ingresos que viven su vejez en condiciones de alta vulnerabilidad.

Debe tenerse en cuenta que independientemente de la posibilidad de buscar nuevas fuentes de financiación, los recursos a disposición del sistema de seguridad social son limitados, de ahí que deban buscarse fórmulas de distribución que realicen los principios y obligaciones de la seguridad social, así como en términos generales los fines y principios que orientan el Estado Social de Derecho. Esto significa que el diseño de los arreglos distributivos del sistema no puede desconocer lo siguiente: (i) la prelación que debe brindarse a las personas en condiciones de mayor vulnerabilidad y debilidad, (ii) el mandato de ampliar la cobertura del sistema en términos de personas afiliadas y beneficiadas, y tipos de contingencias frente a las que se ofrece protección, y (iii) el deber de brindar progresivamente la mejor protección posible frente a las contingencias cubiertas para toda

la población expuesta a los respectivos riesgos, entre otros aspectos. Por supuesto, el legislador tiene un margen de configuración y los jueces tienen un margen de interpretación de las normas, pero cuando el resultado final se ubica a una gran distancia de estos criterios, se lesionan los principios constitucionales mencionados.

En este caso, la consecuencia de la transferencia de un significativo nivel de recursos públicos a los beneficiarios del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, quienes además no son un grupo vulnerable sino en una situación socio-económica favorable, es la imposición de un serio obstáculo a la capacidad del sistema de cumplir sus objetivos en términos de cobertura, universalidad, solidaridad y eficiencia. Por ejemplo, el nivel de subsidios que demandan las mesadas de los beneficiarios del régimen especial bajo estudio, hace difícil crear prestaciones –económicas o en especie- para brindar cobertura a contingencias como la pérdida de capacidad laboral por vejez o invalidez de trabajadores informales que no perciben recursos suficientes para cotizar al sistema de pensiones o carecen de un empleo estable, o para mujeres cabeza de familia que no reciben suficiente apoyo familiar para el cuidado de sus hijos u otras personas que requieren cuidados especiales en la familia, como los adultos mayores y las personas en situación de discapacidad. Este nivel de subsidios también puede ser un limitante para la concesión de beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplen con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión, posibilidad expresamente contemplada en el Acto Legislativo 01 de 2005”..

Luego de lo anterior, realizó el análisis de lo que denominó “elementos del régimen”, teniendo en cuenta lo dispuesto en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el Acto Legislativo 01 de 2005 y estadísticas financieras sobre el costo de las pensiones reconocidas bajo el régimen especial, y concluyó que el alcance de los cuatro elementos “evolucionó en el derecho viviente en un sentido contrario a la Carta”.

Posteriormente procedió al análisis de las situaciones adquiridas con abuso del derecho o fraude a la ley, y las que fueron adquiridas conforme a derecho, dividiendo estas últimas en las que se encuentran amparadas por la confianza legítima y la buena fe, y las reconocidas a través de equiparación (representadas en tres hipótesis).

Ahora bien, respecto de las situaciones pensionales adquiridas con abuso del derecho o fraude de la Ley, no cabe duda que pueden ser corregidas a través de los procedimientos dispuestos en los artículos 19 y 20 de la Ley 797 de 2003, tal como lo estableció la Corte Constitucional en la parte considerativa de la providencia, aunque la revocatoria directa de que trata el artículo 19 sólo se aplica “bajo el entendido de que el incumplimiento de los requisitos o que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa, se refiere siempre a conductas que estén tipificadas como delito por la ley pena.”.

Sin embargo, la Corte Constitucional en el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia C-258-13, determinó, además, lo siguiente:

“En los demás casos de pensiones reconocidas de manera contraria a lo dispuesto en los numerales i, ii y iii del ordinal tercero, quienes tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones decretadas al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 deberán en el marco de su competencia tomar las medidas encaminadas para hacer efectivo el presente

fallo, aplicando en lo pertinente, los artículos 19 y 20 la Ley 797 de 2003, en los términos del apartado de conclusiones de esta sentencia.”.

En tal sentido, la Corte Constitucional extendió el procedimiento dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Ley 797 de 2003, que se asimila al recurso extraordinario de revisión, para corregir aquellas pensiones reconocidas de manera contraria a lo dispuesto en los tres primeros ítems del numeral tercero de la parte resolutive, es decir: 1. A las concedidas a quienes con anterioridad al 1º de abril de 1994, no se encontraren afiliados al mismo, 2. Las que no se liquidaron con los factores que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas y 3. Las otorgadas sin tener en cuenta las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL) aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso.

Además de lo dispuesto en la parte resolutive de la sentencia, que sin lugar a dudas afecta situaciones consolidadas con anterioridad a su expedición dado que permite modificar las pensiones reconocidas de manera contraria a lo dispuesto en el numeral tercero, en la parte considerativa también afectó derechos pensionales consolidados con anterioridad argumentando que el régimen pensional especial evolucionó de manera contraria a la Constitución.

Respecto de éstas últimas, ordenó lo siguiente:

Las pensiones amparadas por la confianza legítima y la buena fe, es decir, aquellas reconocidas a los beneficiarios del régimen especial que se encontraban vinculados al régimen al 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 y los elegidos para la legislatura que empezó el 20 de julio de 1994, “deben ser ajustadas sin necesidad de hacer reliquidaciones caso por caso, hasta bajar a 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, tope pensional que fue dispuesto por el Constituyente como razonable. Es decir, aquí no se trata de una reliquidación sino de un ajuste hacia el futuro”.

Consideró que en esta hipótesis resultaría irrazonable aplicar de forma retroactiva lo decidido en la sentencia y por ello no es procedente realizar “una reducción adicional a los 25 salarios” pues ello implicaría una “disminución manifiestamente desproporcionada de su ingreso representado en sumas de dinero a las cuales acceden conforme a derecho (...)”. “Esto puede poner en grave riesgo el mínimo vital de los interesados que tiene, como lo ha dicho la jurisprudencia constitucional, una dimensión cualitativa y de conformidad con las condiciones particulares”.

En las pensiones “reconocidas a través de equiparación”, sí procede “la reliquidación por debajo del tope de los 25 salario mínimos”, pero agregó que la reliquidación “debe respetar el debido proceso y no puede haber reducciones de las mesadas manifiestamente desproporcionadas, contrarias al mínimo vital y que vulneren los derechos de las personas de la tercera edad”.

En este grupo incluye las siguientes: 1) Las reconocidas a quienes no se encontraban inscritos en el régimen especial al 1 de abril de 1994, excepto los elegidos para la legislatura que empezó el 20 de julio de 1994 y obtuvieron una reliquidación con “clara desproporción” de lo dispuesto en el régimen, 2) Aquellas que fueron reajustadas a través de decisiones administrativas o judiciales equiparando la pensión del interesado a la de

otro congresista aplicando un ingreso superior sin que existiera norma que lo permitiera y desconociendo lo dispuesto en la sentencia C-608-99, y 3) “Las causadas con posterioridad al 31 de julio de 2010” que estaban sometidas al tope pensional y a la efectiva correspondencia entre lo cotizado y la pensión recibida tal como lo dispone el Acto Legislativo 01 de 2005.

En razón a que lo antes expuesto no fue incluido en la parte resolutive de la sentencia C-258-13 de manera cierta e inequívoca y, dado que las soluciones planteadas a las múltiples situaciones descritas están condicionadas al respeto del debido proceso, el derecho al mínimo vital y a la no vulneración de los derechos de las personas de la tercera edad, resulta imperioso que esta Corporación, como órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y en aras de garantizar el principio de seguridad jurídica y los derechos adquiridos de los pensionados bajo este régimen, determine la aplicabilidad de la sentencia de constitucionalidad en cada una de las hipótesis planteadas que no configuran abuso del derecho o fraude a la ley, atendiendo para el efecto las providencias que analizaron la constitucionalidad y legalidad de los Decretos que desarrollaron el régimen especial de Congresistas. Lo anterior se hará en el siguiente orden:

Afirmó la Corte Constitucional en la sentencia referida que se ocuparía de examinar no la constitucionalidad de la existencia del régimen especial porque ésta fue avalada por la sentencia C-608-99, sino la de los elementos que lo componen que, vale decir, fueron objeto de análisis en esa providencia solo en cuanto derivaban directamente del contenido del artículo 17 de la Ley 4 de 1992. Así, en la sentencia de 1999, la Corte declaró exequible al artículo bajo los siguientes condicionamientos:

1. La expresión “por todo concepto” solo puede incluir los rubros que tengan carácter remuneratorio en cada caso.
2. El monto pensional equivalente al 75% de lo devengado por el Congresista debe fijarse en relación directa y específica con la situación del Congresista individualmente considerado.

También afirmó la Corte en esa oportunidad, que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 es una pauta general trazada por el legislador para ser desarrollada por el Gobierno, y en ese orden, solo determinó el monto de la prestación equivalente al 75% que se fijaría con el promedio de lo devengado en el último año, atendiendo los condicionamientos antes expuestos.

Consideró que el Ejecutivo es el encargado de establecer el carácter más específico del régimen atendiendo los objetivos y criterios fijados por el legislador en la Ley marco. La anterior precisión la hizo en razón al rechazo de la demanda incoada en contra del Decreto 1359 de 1993, por falta de competencia de la Corte Constitucional dado que se trata de aquellos dispuestos en el numeral 2 del artículo 237, que son analizados por el Consejo de Estado a través de la acción de nulidad por inconstitucionalidad. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia citada manifestó lo siguiente:

“Así, pues, a diferencia de los decretos que expide el Presidente de la República en desarrollo de las facultades extraordinarias que puede el Congreso conferirle según el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución, los que dicta como desarrollo de leyes cuadro (art. 150, numeral 19) carecen de fuerza legislativa, toda vez que mediante ellos no se ejerce una función normalmente atribuida al Congreso. Este agota su actividad al fijar las pautas y directrices en cuya virtud se oriente la tarea estatal de regulación en los asuntos previstos por la norma, y deja paso a la gestión administrativa del Gobierno (art.

189-25 C.P.), que resulta ser mucho más amplia que la potestad reglamentaria referente al común de las leyes (art. 189-11 C.P.), aunque delimitada por los criterios consagrados en las disposiciones básicas dictadas por el legislador.

Si esto es así, los decretos que el Gobierno expide en desarrollo de leyes marco no son demandables ante esta Corte (artículo 241 C.P.). Se trata de actos sometidos al control de constitucionalidad del Consejo de Estado (art. 237-2 C.P.).

Ahora bien, la existencia de áreas de regulación nítidamente demarcadas por el propio Constituyente implica que ni el Presidente puede invadir el campo de actividad del Congreso, ni éste entrar a sustituir a aquél en la fijación de elementos concretos en la materia sobre la cual recaen las pautas generales que debe trazar.

De allí que resulten inconstitucionales por igual las leyes marco que se apartan de su característica y necesaria amplitud para ingresar en el terreno de lo específico, desplazando al Ejecutivo, como los decretos expedidos con invocación de una ley de dicha naturaleza pero que, en vez de desarrollarla y cumplirla, la modifican, sustituyen o derogan.”.

Precisamente, en ejercicio de las competencias constitucionales antes señaladas, el Consejo de Estado, bajo el trámite de la acción pública de nulidad dispuesta en el artículo 84 del C.C.A., en sentencias expedidas el 18 de noviembre de 2002 Exp: IJ-008 y el 2 de abril de 2009, declaró la nulidad de la expresión "que a 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", contenida en el primer inciso del artículo 25 del Decreto 043 de 1999 y del parágrafo del artículo 11 y del inciso primero del artículo 17 (modificado por el artículo 1 del Decreto 1622 de 2002) que, entre otras cosas, determinaba que no tenían derecho a la aplicación de transición de Congresistas quienes hubieran sido elegidos por primera vez para la legislatura de 1998 y posteriores.

En ese orden, se concluye que los decretos expedidos por el Presidente de la República en desarrollo de la ley marco que creó el régimen especial de pensiones para Congresistas están vigentes, salvo en los apartes declarados nulos por el Consejo de Estado en las sentencias antes citadas. Lo anterior, en razón a que la Corte Constitucional no es la competente para realizar el análisis de constitucionalidad de estos decretos, sin embargo, los vació a partir de la expedición de la sentencia C-258-13.

Así las cosas, las situaciones jurídicas consolidadas bajo los parámetros establecidos en la sentencia C-608-99, los decretos que desarrollaron el régimen especial de Congresistas dispuesto en la Ley 4 de 1992 y los establecidos en las sentencias de nulidad expedidas por esta Corporación, no configuran una “evolución contraria del derecho viviente” dado que se sustentaron en las normas vigentes aplicables al caso.

En tal virtud, las situaciones reconocidas bajo las hipótesis de los grupos 1 y 2, no son susceptibles de ser modificadas en aplicación de la sentencia C-258-13, pues ello implicaría el desconocimiento de normas vigentes que derivan de una ley marco considerada por la Corte Constitucional como “una pauta que en sí misma no quebranta principio superior alguno y, por el contrario, limita al Gobierno para que únicamente reconozca las aludidas prestaciones sobre la base de que el caso lo justifique, lo cual resulta razonable y adecuado” (C-608-99).

La Corte Constitucional, antes de la expedición de la sentencia C-258-13, aplicó el régimen especial de Congresistas creado por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, bajo los parámetros establecidos en los decretos que lo desarrollaron, las pautas establecidas por esa Corporación en la sentencia C-608-99 y las definidas por el Consejo de Estado en las sentencias de nulidad.

Ejemplo de lo anterior son los casos de los ex Magistrados Alvaro Tafur Galvis y Cesar Julio Valencia Copete, definidos por la Corte Constitucional a través de las sentencias de tutela T-390-09- y T-483-09 expedidas por la Sala Octava de Revisió el 28 de mayo y el 21 de julio de 2009.

En la sentencia T-390-09, la Corte Constitucional modificó los fallos de tutela y en su lugar amparó los derechos fundamentales a la dignidad, a la seguridad social y al debido proceso administrativo y, en consecuencia, dejó sin efectos la resolución expedida por el ISS y le ordenó expedir un nuevo acto administrativo **“...mediante el cual se le liquide la pensión al peticionario tomando como ingreso mensual promedio aquel del último año, dentro del cual se incluyen “los gastos de representación, la prima de localización y vivienda, prima de transporte, prima de salud, prima de navidad y toda otra asignación de la que gozaren”, teniendo en cuenta que “en ningún caso ni en ningún tiempo podrá ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devenguen los Congresistas en ejercicio”, en los términos del Decreto 1293 de 1994.**

Luego de analizar el marco normativo y jurisprudencial fijado por esa Corte y por el Consejo de Estado en el régimen especial de Congresistas, argumentó lo siguiente:

“(...) Se encuentra asimismo acreditado, que el peticionario fue elegido Magistrado de la Corte Constitucional para un período constitucional de ocho años, iniciando sus funciones el 21 de julio de 1999 hasta la fecha de su retiro, el 20 de julio de 2007. Así las cosas, sumando el trabajo desempeñado en la Corte Constitucional, el accionante cotizó al ISS durante 27 años, 4 meses y 8 días.

Mientras desempeñaba sus funciones como Magistrado de la Corte Constitucional, el peticionario cumplió los requisitos para obtener su pensión de vejez, razón por la cual el 9 de marzo de 2007, la solicitó ante el ISS.

El día 6 de julio de 2007, la Asesora VI de la Vicepresidencia de Pensiones del Seguro Social, Seccional Cundinamarca y D.C., profirió la resolución núm. 0029917, por medio de la cual reconoció la pensión de vejez del accionante, señalando una mesada de \$ 6.613.305 pesos.

Se encuentra igualmente probado, que la mencionada funcionaria no tuvo en cuenta que el último salario devengado en el año 2007 fue de \$ 19.222.156 pesos, sin incluir el aumento posterior y las primas que necesariamente aumentan el ingreso base de liquidación.

(...)

Efectivamente, el decreto 104 de 1994, “por el cual se dictan unas disposiciones en materia salarial y prestacional de la rama judicial, del ministerio público, de la justicia penal militar y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 28 dispone:

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.

Ahora bien, en el caso concreto, la remisión al régimen pensional de los congresistas opera hacia el decreto 1293 de 22 de junio 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 y se dictan normas sobre prestaciones sociales y económicas de tales servidores públicos”, en cuyos artículos 1, 2 y 3 se señalan lo siguiente:

(...)

Ahora bien, en el caso concreto, al momento de entrar en vigencia el decreto 1293 de 1994, el Dr. Tafur Galvis contaba con más de 40 años de edad, e igualmente, había superado los 15 años de servicios, es decir, es beneficiario del régimen de transición de los congresistas.

En efecto, es preciso tener en cuenta que el mencionado decreto 1293 de 1994 opera un reenvío hacia el decreto 1359 de 1993, en lo que atañe a la forma de liquidar la pensión:

“Artículo 5. INGRESO BASICO PARA LA LIQUIDACION PENSIONAL. Para la liquidación de las pensiones, así como para sus reajustes y sustituciones, se tendrá en cuenta el ingreso mensual promedio del último año que por todo concepto devenguen los Congresistas en ejercicio, a la fecha en que se decreta la prestación, dentro del cual serán especialmente incluidos el sueldo básico, los gastos de representación, la prima de localización y vivienda, prima de transporte, prima de salud, prima de navidad y toda otra asignación de la que gozaren.

(...)

Advierte entonces la Sala que el ISS incurrió en una grave vía de hecho administrativa al momento de liquidarle la pensión al accionante, por cuanto lo hizo de conformidad con un régimen pensional manifiestamente inaplicable.

A decir verdad, por una parte admite que, en materia pensional se equiparan los Magistrados de las Altas Cortes con los congresistas, pero, al mismo tiempo, sostiene que al accionante lo cobija es el régimen de transición de la ley 100 de 1993 y no aquel del decreto

1293 de 22 de junio de 1994, referente al régimen de transición de los congresistas. En efecto, el decreto mediante el cual se establece la homologación pensional es anterior de aquel que estableció el régimen de transición para los congresistas.

En suma, el ISS incurrió en una flagrante vía de hecho administrativa por cuanto, si bien incrementó en sede de apelación el monto de la pensión del peticionario, continuó aplicando un régimen pensional inadecuado para el caso concreto, lo cual condujo, en la práctica a que la pensión de vejez del peticionario fuera calculada tomando en cuenta el 90% de lo devengado en los últimos 10 años, tal y como sucedería en el caso de un trabajador particular, y no el ingreso mensual promedio del último año, dentro del cual se incluyen “los gastos de representación, la prima de localización y vivienda, prima de transporte, prima de salud, prima de navidad y toda otra asignación de la que gozaren”, teniendo en cuenta que “en ningún caso ni en ningún tiempo podrá ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devenguen los Congresistas en ejercicio”, en los términos del Decreto 1293 de 1994.

(...)

De igual manera, es pertinente señalar que la dignidad humana del peticionario se ha visto seriamente lesionada debido a la actuación irregular del ISS, por cuanto liquidarle su pensión con un monto inferior a aquel que legalmente le corresponde, luego de haber cotizado al sistema de seguridad social por más de veintisiete (27) años, aplicándole para ello un régimen pensional impertinente, acudiendo asimismo a interpretaciones contradictorias y erradas de las normas jurídicas que regulan la materia, lesiona gravemente su patrimonio moral.

Así las cosas, la Sala de Revisión considera que, en el caso concreto, se encuentran reunidas las condiciones excepcionales que la jurisprudencia constitucional ha indicado, a efectos de que proceda el amparo definitivo contra actos administrativos referentes a asuntos pensionales. (...).”

En la sentencia T-483-09, la Corte Constitucional confirmó el fallo de amparo y lo modificó en el sentido de otorgarlo con carácter definitivo y no transitorio. La decisión la sustentó en el mismo marco normativo y jurisprudencial fijado en la anterior providencia, con base en lo siguiente:

(...)

La vía de hecho se configura porque Cajanal considera que el peticionario debía contar con 20 años de servicios continuos a 20 de junio de 1994, cuando lo cierto que el artículo 2° del decreto 1293 de 1994 prescribe que para ser beneficiario del régimen pensional especial de los congresistas se precisa que a 1° de abril de 1994 la persona contase con 40 años de edad si son hombres, o treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres, y “Haber cotizado o prestado servicios durante quince (15) años o más.”

Aunado a lo anterior, es preciso tener en cuenta que el mencionado decreto opera un reenvío hacia el decreto 1359 de 1993, en lo que atañe a la forma de liquidar la pensión:

“Artículo 5. INGRESO BASICO PARA LA LIQUIDACION PENSIONAL. Para la liquidación de las pensiones, así como para sus reajustes y sustituciones, se tendrá en cuenta el ingreso mensual promedio del último año que por todo concepto devenguen los Congresistas en ejercicio, a la fecha en que se decreta la prestación, dentro del cual serán especialmente incluidos el sueldo básico, los gastos de representación, la prima de localización y vivienda, prima de transporte, prima de salud, prima de navidad y toda otra asignación de la que gozaren.

(...)

En este orden de ideas, es evidente que Cajanal incurrió en una vía de hecho administrativa, por cuanto inaplicó las normas legales pertinentes al momento de reconocer y liquidar una pensión de vejez.

Así mismo, respecto a la solicitud de amparo definitivo, la Corte estima que, en el presente caso, aquél resulta pertinente por varias razones.

En primer lugar, es injusto someter el accionante a un largo proceso judicial cuando es claro que su pensión fue reconocida de conformidad con una normatividad manifiestamente inaplicable. En efecto, como se indicó, ya en anteriores fallos de tutela la Corte ha considerado que el amparo transitorio no resulta ser un mecanismo adecuado de protección de derechos fundamentales cuando quiera que el peticionario aporta todos los elementos de prueba y juicio que evidencian la existencia de una vía de hecho administrativa, tal y como sucede en el presente asunto. A decir verdad, en el expediente reposa toda la prueba documental que soporta los hechos alegados por el accionante, en especial, las respectivas constancias laborales. De tal suerte que se está ante un caso en el que se constata la existencia de una real o aparente intención de no decidir de manera ajustada al ordenamiento jurídico, propiciando y forzando la utilización innecesaria y dilatoria de vías judiciales.

En segundo lugar, la eficacia del otro mecanismo de defensa judicial deber ser examinada tomando en cuenta la entrada en vigencia de la reforma a la ley estatutaria de la administración de justicia, normatividad que establece como requisito previo para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, haber intentado una conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, con lo cual, en la práctica, implica una mayor tardanza para la obtención de un fallo judicial. En otros términos, la eficacia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, procedente en casos de pensiones, debe ser reexaminada a la luz de los recientes cambios normativos.

Por último, es pertinente señalar que la dignidad humana del peticionario se ha visto

seriamente lesionada debido a la actuación irregular de Cajanal, por cuanto liquidarle su pensión con un monto inferior a aquel que legalmente le corresponde, luego de haber cotizado al sistema de seguridad social por más de treinta y cuatro años (34), aplicándole para ello un régimen pensional impertinente, lesiona sus derechos fundamentales.”.

Nótese que en ambos casos se trató de Magistrados de Altas Cortes (Constitucional y Suprema de Justicia) que ejercieron el cargo a partir de los años 1999 y 2002, que reunían los requisitos de la transición especial dispuesta en el Decreto 1293 de 1994 y por ello accedieron a la pensión en los términos del régimen especial, es decir, en monto equivalente al 75% de lo devengado en el último año.

En ninguno de los dos asuntos la Corte Constitucional aplicó las previsiones sobre el régimen de transición dispuestas en la sentencia C-596-97, precisamente porque esta se refiere a la transición general del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que otorga beneficios diferentes a los dispuestos en la transición especial. Sin embargo, en la sentencia C-258-13 consideró lo contrari pues afirmó que “resultaba necesario estar afiliado al mismo al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993”.

Por otra parte, los elementos del régimen especial de Congresistas fueron aplicados por la Corte Constitucional en esos dos casos, conforme a las normas que se encontraban vigentes y bajo los parámetros de la sentencia C- 608-99 y los dispuestos por el Consejo de Estado en las sentencias de nulidad de los decretos que lo desarrollaron, tal como quedó evidenciado en las sentencias de tutela citadas.

Tal situación lleva a la conclusión de que solo a partir de la expedición de la sentencia C-258-13, la transición especial y los elementos que componían el régimen especial son contrarios a la Carta Política, pues no resulta lógico considerar que el máximo Tribunal Constitucional en un fallo de tutela aplique un régimen pensional, que ahora se supone inconstitucional, omitiendo la aplicación del artículo 4 de la Constitución Política y, con posterioridad, al declararlo parcialmente exequible, le de efectos retroactivos y ordene la modificación de situaciones que esa misma Corporación definió no mucho tiempo atrás sin advertir contradicción alguna con la Carta.

En ese orden de ideas, resulta forzoso concluir que los lineamientos aplicados en las sentencias de tutela citadas, que se usaron también para definir otras situaciones de similares características, no eran consideradas por ninguna Alta Corte como inconstitucionales y tampoco como una evolución del derecho viviente contraria a la Constitución Política, simplemente se trató de la aplicación de las normas vigentes que contienen el régimen especial al que tenían derecho quienes reunían los requisitos de la transición especial y los específicos de la pensión.

Así las cosas, las situaciones pensionales definidas por las autoridades administrativas y judiciales antes de la sentencia C-258-13, en aplicación de las normas que se encontraban vigentes, atendiendo los parámetros establecidos en la sentencia C-608-99 y las sentencias de nulidad de esta Corporación, no son susceptibles de reliquidación.

Las reconocidas desconociendo las normas que se encontraban vigentes, por ejemplo, las que incluyen rubros que no tienen carácter remuneratorio o que se liquidaron con sumas que no tienen relación directa y específica con la situación del Congresista individualmente considerado (C-608-99), podrán reliquidarse a través de los procedimientos a los que se refiere la Corte

Constitucional en la sentencia C-258-13 o por vía judicial.

Las situaciones pensionales consolidadas con posterioridad a la sentencia C-258-13 están sometidas a los parámetros dispuestos por la Corte Constitucional en la parte resolutive.

La aplicación del tope de 25 salarios mínimos ordenado en la parte considerativa de la sentencia C-258-13 respecto de todas las pensiones reconocidas bajo el régimen especial de Congresistas, único analizado en esa providencia, no es aplicable a las situaciones consolidadas con anterioridad al 31 de julio de 2010, por lo siguiente:

El Acto Legislativo 01 de 2005, por medio del cual se modificó el artículo 48 de la Constitución Política referente al derecho a la seguridad social, estableció que a partir de su vigencia (25 de julio de 2005), no habría regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio de los aplicables a los miembros de la Fuerza Pública y el Presidente de la República, sin embargo, salvaguardó los derechos adquiridos al consagrar que la vigencia de los regímenes especiales y exceptuados expiraría el 31 de julio de 2010, con la excepción dispuesta para quienes a la entrada en vigencia de la reforma constitucional contarán con 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo, a los cuales se les mantiene el régimen hasta el año 2014.

También dispuso el Acto Legislativo que las pensiones causadas después de su vigencia no pueden generar más de 13 mesadas en el año y que “A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública”.

En las dos disposiciones anteriores, el Acto Legislativo estableció que las modificaciones introducidas serían aplicables sólo a las pensiones causadas, generadas, producidas, ocasionadas o configuradas con posterioridad a su vigencia, es decir, del 25 de julio de 2005, en el caso de las mesadas, o del 31 de julio de 2010, para la aplicación del tope máximo.

Además de precisar, como se vio, que las disposiciones nuevas serían aplicables sólo a las pensiones CAUSADAS con posterioridad a su vigencia o a partir del 31 de julio de 2010 para la aplicación del tope, el Acto Legislativo también estableció lo siguiente:

“(…) Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”.

Lo anterior evidencia sin duda alguna que la modificación introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005 respecto del tope de las pensiones con cargo a recursos públicos sólo resulta aplicable a las causadas, generadas o producidas a partir del 31 de julio de 2010.

El Acto Legislativo también determinó que “En materia pensional se respetarán los derechos adquiridos”, por lo que resulta perfectamente armónico que en incisos posteriores establezca que las modificaciones solo se apliquen a las pensiones causadas con posterioridad a su vigencia y, en el caso del tope máximo de 25 salario mínimos, a aquellas consolidadas a partir del 31 de julio de 2010, salvaguardando las situaciones consolidadas con anterioridad a esa fecha.

A pesar de lo diáfano de las disposiciones constitucionales citadas, la Corte determinó en la parte considerativa de la sentencia C-258-13 que el tope de 25 salarios mínimos legales mensuales resultaba aplicable a todas las pensiones causadas bajo el régimen especial de Congresistas, extendido a los Magistrados de Altas Cortes, sin consideración a la fecha de su causación,

argumentando que los derechos adquiridos no tienen el carácter de absolutos y pueden ser limitados en su ejercicio por disposiciones de carácter legal. Sobre el tema, afirmó lo siguiente:

“La Constitución también protege los derechos adquiridos de la retroactividad normativa, es decir, las situaciones ya formadas y no las condiciones de ejercicio del derecho, lo cual significa que quien esté disfrutando de un derecho cuyos efectos se consolidan de manera escalonada o en un tracto sucesivo -como por ejemplo la pensión, el salario, las prestaciones sociales, una deuda diferida en plazos, los cánones de arrendamiento, etc.-, tiene su derecho amparado por la Constitución, pero los efectos que aún no se han consolidado son modificables en virtud de finalidades constitucionales y con sujeción a los límites que la propia Carta impone^[114]. De allí que, según esta tesis, las pautas para ejercer el derecho adquirido pueden cambiar, siempre y cuando la existencia del derecho permanezca indemne. Por ejemplo, en virtud de este nuevo entendimiento el monto de las próximas mesadas pensionales puede variar siempre que no se supriman, puesto que si se suprimen, ello implicaría que el derecho a la pensión ha sido revocado en desconocimiento de la protección de los derechos adquiridos^[115].”

Al respecto, resulta difícil entender que los efectos de un derecho pensional “se consolidan de manera escalonada o en un tracto sucesivo” y que por ello puedan ser modificadas, pues las mesadas son ciertas y hacen parte del derecho pensional desde el momento en que se calcula el IBL bajo los parámetros del régimen pensional aplicable.

También advierte la Corte que “si bien no existe una norma que de manera específica consagre los límites a los derechos, la jurisprudencia constitucional ha fijado una serie de criterios que habilitan al Legislador para limitarlos”, y citó los siguientes ejemplos: la limitación que operó en virtud del carácter prevalente de los principios y valores dispuestos en la Constitución al analizar la constitucionalidad de la Ley 70 de 1979 que reglamenta la profesión de topógrafo; el conflicto que se suscita entre el interés general que implica la recuperación del espacio público y la invocación del derecho fundamental al trabajo por parte de ciudadanos que los utilizan para desarrollar actividades comerciales; la restricción del derecho de huelga; la modificación del régimen tributario; el límite a la libertad de cultos y la limitación de la explotación de la propiedad privada. Ninguno se refiere a la modificación de derechos adquiridos en materia pensional.

La ausencia de precedente constitucional respecto de la modificación de derechos adquiridos en materia pensional bajo los criterios enunciados en el párrafo anterior, puede obedecer a que el artículo 48 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005 previó lo siguiente:

“La Ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados”.

En este orden, los derechos adquiridos en materia pensional podrían modificarse solo en los casos de incumplimiento de los requisitos establecidos en la ley aplicable al caso o de abuso del derecho, previo agotamiento del procedimiento dispuesto por el Legislador para tal efecto, es decir, que cambios normativos que ocurran con posterioridad a la consolidación del derecho no afectarán los concedidos por vía administrativa o por orden judicial, en aplicación de la

normativa anterior en virtud del principio de seguridad jurídica.

A pesar de lo anterior, la Corte Constitucional consideró que las pensiones reconocidas sin abuso del derecho o fraude a la ley debían ajustarse hasta bajar a 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes en aplicación del tope que fue dispuesto por el Constituyente como razonable “sin necesidad de hacer reliquidación caso por caso”, es decir, que no solo afectó situaciones consolidadas conforme a la ley antes del 31 de julio de 2010, fecha dispuesta en el acto legislativo para la aplicación del tope, sino que además, en la parte considerativa, ordenó modificarlas a partir del 1 de julio de 2013, sin agotar procedimiento alguno.

.

Para justificar la decisión anterior, se refirió a la seguridad social como derecho y como servicio para el cumplimiento de los fines del estado social de derecho y al concepto de derechos adquiridos.

[103][104]

[114]

para evidenciar que es posible modificar estos últimos con el fin de materializar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad establecidos en la Constitución Política en materia de seguridad social.

También consideró pertinente citar, bajo la advertencia de que la decisión carece de carácter vinculante, el “informe de admisibilidad y de fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Asociación Nacional de Ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras contra Perú”, de 27 de marzo de 2009, en el que ese organismo concluyó que el Estado no incurrió en la violación de los derechos consagrados en los artículos 21, 25 y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al “reducir los efectos patrimoniales de las pensiones como un mecanismo para eliminar la inequidad en los sistemas de seguridad social”. En esa oportunidad, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró lo siguiente:

“El 27 de febrero de 1974, se promulgó en Perú el Decreto Ley 20530 “Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles Prestados al Estado no Comprendidos en el Decreto Ley 19990”, el cual establecía un régimen especial de pensiones para algunos funcionarios del Estado con tres características: (i) tiempo para la adquisición de la pensión de 15 años para los hombres y 12 para las mujeres^[55]; (ii) descuentos menores a los del sistema general^[56]; y (iii) derecho a la renovación con base en las modificaciones de la Escala de Remuneraciones cuando los hombres cuenten con 30 o más años de servicios y las mujeres con 25 o más años de servicios, tengan 60 o 55 años de edad o más, o hubieran cumplido 80 años de edad^[57].

La Constitución Política del Perú de 1993 estableció la garantía de irretroactividad de las leyes y elevó a la categoría de derechos adquiridos los regímenes pensionales consagrados

en los Decretos Leyes 19990 y 20530^[58].

El 17 de noviembre de 2004 se publicó la Ley de Reforma Constitucional No. 28398 mediante la cual: (i) se declaró cerrado el régimen pensional del Decreto Ley 20530, (ii) se señaló que quienes hubieran pertenecido a dicho régimen deberían optar entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones, y (iii) se dijo que no se podría prever la nivelación de las pensiones con las remuneraciones, ni la reducción del importe de las pensiones que fueran inferiores a una Unidad Impositiva Tributaria^[59].

En conclusión, en el caso Asociación Nacional de ex Servidores del Instituto Peruano de la Seguridad Social y otras contra Perú, la Comisión Interamericana de Derechos humanos consideró, respecto de las pensiones excesivamente altas en comparación con la situación de los demás pensionados, que: (i) los Estados pueden reducir legítimamente los efectos patrimoniales de estas pensiones y especialmente su monto; (ii) mantener la estabilidad financiera del Estado y asegurar que el régimen de seguridad social se encuentre basado en el principio de equidad, constituye un interés social y un fin legítimo del Estado en una sociedad democrática, y por tanto, en aras de hacer efectivos estos intereses los Estados tienen la obligación de tomar las medidas pertinentes; (iii) la limitación impuesta al derecho a la pensión puede ser proporcional si se configura como un mecanismo idóneo para asegurar la estabilidad financiera del Estado y eliminar la inequidad en el sistema de seguridad social; (iv) la restricción en el ejercicio de un derecho no es sinónimo de regresividad, pues la obligación de no regresividad implica un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la medida, y, (v) la creación de topes máximos a las pensiones no es en sí misma una medida regresiva, salvo que dicho tope sea manifiestamente incompatible con el contenido esencial del derecho.”.

En el ejemplo citado, la afectación de los derechos adquiridos en materia pensional se originó en una reforma constitucional que fue avalada por el Tribunal Constitucional del Perú y, por tal razón, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluyó que no existió vulneración de los derechos invocados y consideró legítima la reducción de las pensiones excesivamente altas.

Luego de lo anterior, la Corte Constitucional consideró que al no ser absolutos los derechos adquiridos en materia pensional, era razonable la aplicación del tope de 25 salarios mínimos a todas las pensiones a cargo del tesoro público a partir del 1 de julio de 2013, aún a las causadas con anterioridad al 31 de julio de 2010, fecha a partir de la cual el Acto Legislativo impuso la aplicación de la medida.

Sin embargo, esta Sección considera oportuno citar dos casos de similares características al anterior, que sí fueron decididos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la siguiente manera:

El caso “Cinco Pensionistas” contra el Estado Peruano fue resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sentencia de 28 de febrero de 2003, en el sentido de condenar al Estado por violación del artículo 21 de la Convención, entre otros, por la modificación del régimen de pensiones que venían disfrutando cinco pensionistas conforme a la legislación

peruana hasta 1992. En el caso concreto la Corte se pronunció de la siguiente manera:

“(…)

94. La Corte observa que en el presente caso no existe controversia entre las partes sobre si las presuntas víctimas tienen derecho a pensión o no. Todas están de acuerdo en que los señores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Maximiliano Gamarra Ferreyra y Reymert Bartra Vásquez, al terminar de trabajar en la SBS, obtuvieron el derecho a la pensión de cesantía bajo el régimen establecido en el Decreto-Ley N° 20530147. La controversia entre las partes es respecto a si los parámetros utilizados por el Estado, para reducir o recalcular los montos de las pensiones de las presuntas víctimas a partir de 1992, configuran una violación del derecho a la propiedad de éstas.

95. Para dirimir la controversia entre las partes la Corte analizará principalmente dos puntos, a saber: a) si el derecho a la pensión puede considerarse un derecho adquirido y qué significa esto; y b) qué parámetros deben tenerse en cuenta para cuantificar el derecho a la pensión, y si se pueden poner límites a éste.

96. a) Primer Punto. En lo que se refiere a si el derecho a la pensión es un derecho adquirido o no, esta controversia ya fue resuelta por la Constitución Política del Perú y por el Tribunal Constitucional peruano.

“(…)

101. Hay que tener presente lo señalado en el artículo 29.b) de la Convención Americana en el sentido de que ninguna disposición de ésta puede ser interpretada para “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes...”.

102. En este orden de ideas, el artículo 21 de la Convención protege el derecho de los cinco pensionistas a recibir una pensión de cesantía nivelada de acuerdo al Decreto-Ley N° 20530, en el sentido de que se trata de un derecho adquirido, de conformidad con lo dispuesto en la normativa constitucional peruana, o sea, de un derecho que se ha incorporado al patrimonio de las personas.

103. A la luz de lo señalado en la Constitución Política del Perú, de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional peruano, de conformidad con el artículo 29.b) de la Convención - el cual prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos-, y mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, esta Corte considera que, desde el momento en que los señores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Maximiliano Gamarra Ferreyra y Reymert Bartra Vásquez pagaron sus contribuciones al fondo de pensiones regido por el Decreto-Ley N° 20530, dejaron de prestar servicios a la SBS y se acogieron al régimen de jubilaciones previsto en dicho decreto-ley, adquirieron el derecho a que sus pensiones se rigieran en los términos y condiciones previstas en el mencionado decreto-ley y sus normas conexas. En otras palabras, los pensionistas adquirieron un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, de conformidad con el Decreto-Ley N° 20530 y en los términos del artículo 21 de la 48 Convención Americana.

104. b) Segundo Punto. Conforme a lo señalado anteriormente, ha quedado establecido que las presuntas víctimas tienen un derecho adquirido al pago de una pensión y, más precisamente, a una pensión cuyo valor se nivele con la remuneración percibida por las personas que estén desempeñando las mismas o similares labores a aquéllas que ejercía el beneficiario de la pensión en el momento de retirarse del cargo. Entonces, la controversia se plantea en relación con otro punto. Las personas que desempeñan iguales o similares labores a las que ejercían los cinco pensionistas pueden estar sometidas a dos regímenes distintos, el de actividad pública y el de actividad privada, y sus remuneraciones varían, según que estén sujetos a uno u otro, siendo notoriamente más elevada la del segundo régimen que la del primero. En consecuencia, la disposición de acuerdo con la cual los cinco pensionistas percibirán una pensión equivalente al del personal en actividad, entraña una ambigüedad que es preciso aclarar para definir cuáles son el contenido y los alcances del derecho adquirido a la pensión. (...)

115. La Corte observa que, si bien cuando los trabajadores de la SBS pasaron al régimen de la actividad privada (1981) la pensión nivelada podía haberse fijado de conformidad con el salario que percibía un funcionario sujeto al régimen público de similar nivel o categoría al de las presuntas víctimas, esto no fue interpretado así por las autoridades del Estado. Aún más, fue el propio Estado quien, desde que éstos se acogieron al régimen de pensión del Decreto-Ley N° 20530, les reconoció, mediante actos administrativos, un monto de pensión nivelable de acuerdo con el salario de un funcionario activo de la SBS. Adicionalmente, pero más importante aún que ello, al resolver las acciones de garantía interpuestas por los cinco pensionistas, los tribunales internos ordenaron seguirles pagando las mesadas pensionales en los términos en que se venía haciendo, es decir, nivelándolas con la remuneración percibida por los funcionarios activos de la SBS, que pertenecen al régimen de actividad privada. Esto configuró, en beneficio de los pensionistas, un derecho amparado por las sentencias de garantía, que al ser desconocido por el Estado, los afectó patrimonialmente, violando el artículo 21 de la Convención.

116. Si bien el derecho a la pensión nivelada es un derecho adquirido, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, los Estados pueden poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social. En el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de las pensiones), los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados. Por su parte, el artículo 5 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “Protocolo de San Salvador”) sólo permite a los Estados establecer limitaciones y restricciones al goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, “mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos”. En toda y cualquier circunstancia, si la restricción o limitación afecta el derecho a la propiedad, ésta debe realizarse, además, de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 21 de la Convención Americana.

117. Más aún, en vez de actuar arbitrariamente, si el Estado quería dar otra interpretación al Decreto-Ley N° 20530 y sus normas conexas, aplicables a los cinco pensionistas, debió: a) realizar un procedimiento administrativo con pleno respeto a las garantías adecuadas, y b) respetar, en todo caso, por sobre las decisiones de la administración, las determinaciones que adoptaron los tribunales de justicia.

118. En el presente caso, no se cumplió ninguna de las dos condiciones antes enunciadas. La administración cambió, sin agotar un procedimiento adecuado, los términos de su interpretación de las normas que regulaban la pensión de las cinco presuntas víctimas y, posteriormente, desconoció las decisiones judiciales a las que se ha hecho referencia.

(...)

Por su parte, el artículo 2 de la Convención determina que

[s]i en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

163. La Corte ha establecido que [e]l artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.

Conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo.

Esa conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno.

(...)”.

En el caso Acevedo Buendía y otros, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de 1 de julio de 2009, condenó al Estado Peruano por restricciones y limitaciones del derecho a la propiedad consistentes en la reducción de pensiones legítimamente concedidas que no fueron avaladas por los jueces en ese país y a pesar de ello se aplicó. En esa oportunidad se advirtió lo siguiente:

“(...

84. Este Tribunal ha desarrollado en su jurisprudencia un concepto amplio de propiedad que abarca, entre otros, el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Asimismo, la Corte ha protegido a través del artículo 21 convencional los derechos adquiridos, entendidos como

derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas. Resulta necesario reiterar que el derecho a la propiedad no es absoluto y, en ese sentido, puede ser objeto de restricciones y limitaciones, siempre y cuando éstas se realicen por la vía legal adecuada y de conformidad con los parámetros establecidos en dicho artículo 21.

85. En un caso similar al presente, esta Corte declaró una violación del derecho a la propiedad por la afectación patrimonial causada por el incumplimiento de sentencias que pretendían proteger el derecho a una pensión – derecho que había sido adquirido por las víctimas en aquél caso, de conformidad con la normativa interna. En esa sentencia el Tribunal señaló que, desde el momento en que un pensionista paga sus contribuciones a un fondo de pensiones y deja de prestar servicios a la institución concernida para acogerse al régimen de jubilaciones previsto en la ley, adquiere el derecho a que su pensión se rija en los términos y condiciones previstas en dicha ley. Asimismo, declaró que el derecho a la pensión que adquiere dicha persona tiene “efectos patrimoniales”, los cuales están protegidos bajo el artículo 21 de la Convención. Consecuentemente, en aquél caso el Tribunal declaró que al haber cambiado arbitrariamente el monto de las pensiones que venían percibiendo las presuntas víctimas y al no haber dado cumplimiento a las sentencias judiciales emitidas con ocasión de las acciones de garantía interpuestas por éstos, el Estado violó el derecho a la propiedad reconocido en el artículo 21 de la Convención.

86. En este mismo sentido, el Decreto Ley No 20530 materia del presente caso establecía un régimen de pensiones en el cual los trabajadores del sector público nacional “adqui[ría]n [el] derecho a [una] pensión” bajo determinados supuestos. Asimismo, el Tribunal Constitucional estableció que “el derecho a pensión nivelable de la Seguridad Social[, cuyo ejercicio estaba consagrado por la Constitución,] est[aba, en aquel entonces,] garantizado a los beneficiarios de la Administración Pública, [y era] irrenunciabl[e]”.

87. Además, se ha establecido que las víctimas satisficieron todos los supuestos o elementos necesarios para la adquisición del derecho a una pensión nivelada, regulada de conformidad con los términos y condiciones previstos en el Decreto Ley No 20530, y que al cesar su servicio en la Contraloría General se acogieron al régimen de pensión nivelable previsto en dicha norma. Posteriormente, a partir de abril de 1993 y hasta octubre de 2002, el Estado les restringió dicho derecho, reduciendo el monto de sus pensiones, en aplicación del Decreto Ley No 25597 y el Decreto Supremo No 036-93-EF que, conforme declaró posteriormente el Tribunal Constitucional del Perú, resultaban inconstitucionales e inaplicables a las víctimas (supra párrs. 45 y 48).

88. Dicho en otras palabras, el derecho a la pensión nivelable que adquirieron las víctimas, de conformidad con la normativa peruana aplicable, generó un efecto en el patrimonio de éstas, quienes recibían los montos correspondientes cada mes. Tal patrimonio se vio afectado directamente por la reducción de manera ilegal, según lo señalado por el Tribunal Constitucional, en el monto recibido entre abril de 1993 y octubre 2002. Por tanto, las víctimas no pudieron gozar integralmente de su derecho a la propiedad sobre los efectos patrimoniales de su pensión nivelable, legalmente reconocida, entendiendo aquéllos como los montos dejados de percibir.

(...).

Lo anterior permite concluir lo siguiente: si bien los derechos adquiridos en materia pensional no son absolutos, las limitaciones y restricciones deben sustentarse “en la vía legal adecuada”, en “razones de utilidad pública o interés social” y en todo caso, deberán imponerse luego de agotar

el procedimiento adecuado.

La orden dada por la Corte Constitucional en la sentencia C-258-13 no cumple ninguno de los parámetros antes referidos dado que, en primer lugar, no existe fundamento constitucional o legal pues el acto legislativo 01 de 2005 no limitó o restringió derechos adquiridos en materia pensional, por el contrario, garantizó las pensiones consolidadas antes de su vigencia y, en tal virtud, dispuso que el tope de las prestaciones con cargo a recursos de naturaleza pública se aplicaría a las causadas solo a partir del 31 de julio de 2010.

Es segundo lugar, la aplicación del tope pensional ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia C-258-13 a todas las pensiones que excedieran los 25 salarios mínimos legales mensuales fue impuesta “sin necesidad de hacer reliquidaciones caso por caso”, es decir, que la limitación o restricción del derecho adquirido no obedeció al agotamiento de un procedimiento sino que se produjo de manera imperativa, a partir del 1 de julio de 2013.

Por todo lo anterior, los parámetros establecidos tanto en la parte resolutive como en la considerativa de la sentencia C-258-13, no resultan aplicables a aquellas pensiones consolidadas con anterioridad a su expedición, ni a las causadas antes del 31 de julio de 2010 en lo que tiene que ver con el tope, en razón a que constituyen derechos adquiridos que si bien no son absolutos, solo pueden ser modificados luego de agotar el procedimiento dispuesto en la ley para los casos en que fueron reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley (Art. 48 Constitución Política).

En el caso concreto, el derecho pensional se causó antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y de la sentencia C-258-13, por tal razón, las normas aplicables para el reconocimiento de la prestación son las que se encontraban vigentes antes de la sentencia referida, armonizadas con lo dispuesto en las sentencias C- 608-99 y las expedidas por esta Corporación respecto de los Decretos Reglamentarios.

Aclarado lo anterior, procede la Sala a desatar el caso concreto conforme a los parámetros fijados en páginas anteriores sobre el régimen pensional especial de Congresistas vigente con anterioridad a la sentencia C-258-13.

El Doctor Manuel Santiago Urueta es beneficiario del régimen de transición especial previsto en el Decreto 1293 de 1994, artículo 2, porque contaba con más de 15 años de servicio y 40 de edad al 1 de abril de 1994, pues nació el 29 de agosto de 1943.

Acreditó 14 años de servicio en la Universidad Externado de Colombia donde laboró como profesor de tiempo completo desde el 1 de febrero de 1967 hasta el 31 de enero de 1987, con interrupciones que suman 6 años y 17 días aproximadamente (fl. 21).

En el sector público acumuló 16 años, 3 meses y 27 días de servicio, siendo el último cargo el de Magistrado del Consejo de Estado, el cual ejerció del 1 de diciembre de 1995 al 30 de noviembre de 2003 (fl. 9 y 41).

Para la fecha en que radicó la petición de reconocimiento pensional ante el ISS, 10 de julio de 2003, reunía los requisitos de edad y tiempo de servicio (fl. 2).

Al momento del retiro definitivo del servicio como Magistrado del Consejo de Estado, 30 de noviembre de 2003, reunía 30 años, 3 meses y 10 días de servicio aproximadamente, y contaba con 60 años de edad.

En este orden de ideas, el actor tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez conforme al régimen especial de Congresistas y por ello, la liquidación deberá realizarse conforme a lo dispuesto en los artículos 5 y 6 del Decreto 1359 de 1993, ya transcritos.

Se reitera que las expresiones “por todo concepto” y “a la fecha en que se decrete la prestación”, contenidas en los artículos 17 de la Ley 4 de 1992 y 5 del Decreto 1359 de 1993, deben aplicarse conforme a lo dispuesto en la sentencia C-608-99 y el Decreto 816 de 200

, es decir, incluyendo únicamente los factores que tengan el carácter de “retribución” de los servicios y solo respecto de lo pagado “individualmente” al demandante.

Por las razones expuestas, la sentencia apelada que declaró la nulidad de los actos demandados, ordenó el reconocimiento pensional con efectos a partir del 1 de diciembre de 2003, fecha de retiro definitivo del servicio como Magistrado del Consejo de Estado, aplicando el régimen especial de Congresistas y condenó a la Universidad Externado de Colombia a pagar el título pensional o cálculo actuarial al ISS, será confirmada con la aclaración de que la liquidación de la prestación debe realizarse en los términos expuestos.

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

Confirmase la sentencia de 2 de diciembre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió a las pretensiones de la demanda incoada por el señor Manuel Santiago Urueta Ayola contra el Instituto de Seguros Sociales, ISS y la Universidad Externado de Colombia, como tercero interesado.

Aclarase la sentencia de 2 de diciembre de 2010 en lo siguiente: Las expresiones “por todo concepto” y “a la fecha en que se decrete la prestación”, contenidas en los artículos 17 de la Ley 4 de 1992 y 5 del Decreto 1359 de 1993, deben aplicarse conforme a lo dispuesto en la sentencia C-608-99 y el Decreto 816 de 2002, es decir, incluyendo únicamente los factores que tengan el carácter de “retribución” de los servicios y solo respecto de lo pagado “individualmente” al demandante. **Los parámetros establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-258-13 no son aplicables en este caso, así como tampoco el tope de 25 salarios mínimos de las mesadas pensionales, por las razones expuestas en la parte considerativa.**

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

La anterior decisión fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

□

Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
ISSN 2256-1633
Última actualización: 31 de agosto de 2019

