

RÉGIMEN PENSIONAL - Magistrados de las altas cortes. Nulidad artículos 25.1, 27 y 28 del Decreto 043 de 1999 / SUSTRACCIÓN DE MATERIA - Imprudencia frente al decreto 43 de 1999 / PENSIÓN DE JUBILACIÓN - Magistrados de las altas cortes. Requisitos

La sentencia declara la nulidad de los artículos 27 y 28 del Decreto 043 de 1999 y 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.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Conjuez ponente: PEDRO CHARRIA ANGULO

Bogotá, D.C., Dieciocho (18) de noviembre de dos mil dos (2002)

Radicación número: IJ-008

Actor: LUIS FERNANDO VELANDIA DECRETOS DEL GOBIERNO

Demandado: ARTÍCULOS 25, 26, 27 Y 28 DEL DECRETO 043 DE 1999 EXPEDIDO POR EL GOBIERNO NACIONAL.

Llegado el momento de decidir y no observando causal de nulidad que invalide la actuación, procede la Sala a dictar sentencia en el asunto de la referencia, previas las siguientes,

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de nulidad, LUIS FERNANDO VELANDIA RODRÍGUEZ, demanda de esta Corporación la nulidad de los artículos 25. 26. 27 Y 28 del Decreto 043 de 1999 expedido por el Gobierno Nacional.

El concepto de violación. en lo que tiene que ver con el artículo 25. es el siguiente:

A los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, desde años atrás. en materia de pensiones, los ha cobijado un régimen especial. En el año inmediatamente anterior, el Decreto 64 de 10 de enero de 1998, dispuso que a dichos funcionarios "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 vigentes."

El artículo 25 del Decreto 043 de 1999 demandado, al exigir que, para que tales funcionarios puedan pensionarse bajo el mencionado régimen, deben desempeñar el cargo en propiedad el 1º de abril de 1994 y cumplir las condiciones previstas en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, viola directamente el literal a) del artículo 2º de la Ley 4ª de 1992, el cual ordena que para la fijación del régimen salarial y prestacional de tales servidores el Gobierno Nacional tendrá en cuenta el respeto por los derechos adquiridos de los servidores del Estado, tanto del régimen general, como de los regímenes especiales, lo mismo que desatiende la perentoria prescripción contemplada en la misma ley que señala que en ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.

Así mismo el artículo 25 del Decreto 043 de 1999 viola el artículo 4º de la Ley 4ª de 1992 que dispone, que con base en los criterios y objetivos contenidos en el artículo 2º de la misma ley, el Gobierno Nacional, dentro de los primeros diez días del mes de enero de cada año, modificará el sistema salarial correspondiente a los empleados enumerados en el artículo 1º literal a), b) Y d), aumentando sus remuneraciones. Tal modificación también puede comprender el régimen de viáticos, los gastos de representación y comisiones. No autoriza la ley al Gobierno Nacional para que en dicho Decreto modifique el sistema pensional, ni general, ni especial, menos para desmejorarlo ni imprimirle efectos retroactivos como lo hace en el Decreto demandado. Si la ley no tiene efectos retroactivos, menos los puede tener un Decreto de esta naturaleza, que dentro de la jerarquía del ordenamiento jurídico, es inferior.

En lo relacionado con los artículos 26 y 27, expresa que el Gobierno Nacional mediante el Decreto 043 de 1999, en los artículos 26 y 27 atacados, al señalar el monto de las cotizaciones para el sistema general de pensiones de los servidores señalados en el artículo 25 del mismo Decreto, al precisar las entidades que tengan a su cargo el reconocimiento de las mismas, la manera de calcularlas etc., y al indicar que sus previsiones se aplicarán a los Magistrados que se

hubieren pensionado entre el 1° de abril de 1994 y la fecha de expedición de este Decreto, usurpa una atribución que no le corresponde, y le da efectos retroactivos desconociendo situaciones jurídicas ya consolidadas, atropellando principios y derechos adquiridos, desconociendo situaciones establecidas conforme a disposiciones normativas anteriores.

Tales artículos 26 y 27 del Decreto demandado resultan contrarios a la Constitución ya la Ley, por lo siguiente:

El artículo 48 de la Carta Política prevé que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se presta ba1° la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios allí indicados, en los términos que establezca la ley. Las cotizaciones al sistema general de pensiones, se regulan en los términos que establezca la ley, no es materia que pueda tratar el Gobierno en el Decreto de aumento de salarios que expide los primeros diez días del mes de enero de cada año, pues este no es un Decreto que expide dicha autoridad en ejercicio de la potestad reglamentaria.

La Ley 100 de 1993 en los artículos 17 a 24 regula esta materia (obligatoriedad, base de cotización, monto de las cotizaciones. etc), y el inciso tercero del artículo 18 prescribe: "El salario mensual base de cotización para los servidores del sector público será el que se señale, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992. "

Si la Constitución ordena que el servicio público de seguridad social de carácter obligatorio se preste ba1° la dirección, coordinación y control del Estado, en los términos que establezca la Ley 100 de 1993, y ésta señala cuál es el salario base para la cotización de los servidores del sector público, no correspondía al Gobierno Nacional mediante el Decreto acusado, ocuparse del tema.

Sobre el artículo 28, señala que viola de manera ostensible las disposiciones de la Ley 4ª de 1992 y 100 de 1993 transcritas, en primer término porque el Gobierno Nacional no está facultado para regular lo atinente a la reliquidación de pensiones, por ser esta una materia del legislador, en los términos que señala el artículo 150 de la Ley 100 de 1993; además en el Decreto que debe expedir los primeros diez días del mes de enero de cada año, no esta facultado sino para modificar el régimen salarial aumentándolo, no podía ocuparse de ningún tipo de reliquidación, menos de una pensión que no se ha reconocido como lo sugiere el artículo 28 del Decreto 043 de 1999. Es procedente también la suspensión provisional.

-

Obsérvese que el artículo 150 de la Ley 100 de 1993 prevé la reliquidación de la pensión de jubilación para los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la Resolución de jubilación. Se insiste, no prevé la ley la posibilidad de reliquidar la pensión que aún no se ha reconocido, por el sólo hecho de su causación. De ahí que el artículo 28 del Decreto 043 demandado viola ostensiblemente el artículo 150 de la Ley 100 de 1993.

En conclusión, como se expresó al comienzo de esta demanda, es procedente la solicitud de suspensión provisional de los artículos 25, 26, 27 Y 28 del Decreto 043 de 1999, y así respetuosamente solicito al Honorable Conse1° de Estado lo disponga, por infringir de manera ostensible las normas protectoras de situaciones jurídicas que amparan las prestaciones especiales, quebrantan sin ninguna explicación, ni justificación Constitucional ni legal, los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, no respetan los derechos adquiridos, violan el principio de no retroactividad de la ley, pretenden regular un régimen especial de pensiones para desmejorarlo, pues lo confunde con el régimen solidario de prima media con prestación definida, se ocupan del tema de cotizaciones del sistema general de pensiones, función del Legislador no del Gobierno Nacional, y prevén una absurda reliquidación de pensiones sin ningún asidero, incurriendo en franca contradicción con el ordenamiento que se ha invocado.

Los artículos 25, 26, 27 Y 28 del Decreto 043 de 1999 impugnados, violan directamente el derecho a la igualdad previsto en el catálogo de los derechos constitucionales fundamentales de la Carta Política (Art. 13), pues el Ejecutivo Nacional pretende dar un trato discriminatorio y desigual a los Magistrados de las Altas Cortes en materia pensional, reconocimiento, reliquidación y cotizaciones. Tales funcionarios se encuentran en el mismo plano de igualdad, circunstancia que refuerza las peticiones de esta demanda.

EL MINISTERIO PÚBLICO

Dentro de la oportunidad legal el Agente del Ministerio Público rindió concepto del cual la Sala resume la siguiente argumentación:

1) Pide que se declare la nulidad del artículo 25 del Decreto 043 de 1999 por cuanto establece una nueva condición a los indicados Magistrados, al disponer que para tener derecho a una pensión, en las condiciones previstas en el artículo 28 del Decreto 104 de 1994, debían estar desempeñando el cargo en propiedad a 1° de abril de 1994, lo cual trae consigo un trato diferente y desigual, sea que se trate de quienes ejercían el cargo en propiedad, sea de quienes lo ejercían en una condición diferente.

Además, imprime un carácter retroactivo, pues una norma expedida en el año 1999, se devuelve en el tiempo y produce efectos a partir del 1° de abril de 1994.

2) Sobre la legalidad del artículo 28 demandado, considera que debe ser declarado nulo, en la medida en que crea de manera retroactiva un nuevo sistema pensional.

3) Sobre la validez de los artículos 26 y 27 del Decreto 043 de 1999 demandados, considera que es cierto que en la Ley 4ª de 1992 no se hace referencia a lo que tiene que ver con el monto de cotización que deben pagar quienes estén afiliados al sistema pensional, sin embargo, examinada la normatividad de la Ley 100 de 1993, esta si trata la materia en detalle, como puede observarse en los artículos 13, literal d), en cuanto impone la obligación de efectuar los aportes; 17, obligatoriedad de las cotizaciones, forma de establecer el salario mensual base de cotización para servidores públicos y 20, montos de las cotizaciones.

El artículo 26 determina que el monto de las cotizaciones en el caso de los Magistrados de las Altas Cortes, será el establecido para los Congresistas; lo único que hace, es extender la misma base contributiva tomando en cuenta el nivel salarial, lo que resulta justo, equitativo por lo cual solicita se deniegue la nulidad impetrada.

El artículo 27 prevé un mecanismo para liquidar las cotizaciones que deben pagar los magistrados disponiendo que se proceda a efectuar tal liquidación a partir del 1º de abril de 1994 hasta la fecha en que ha entrado en vigencia dicho decreto, consagra efectos retroactivos que vulneran las reglas esenciales del derecho.

Dicho artículo determina los montos de unas deudas, las adjudica a los Magistrados, establece unas sanciones y autoriza unos sistemas de cobro. Dicha actuación constituye un ejercicio indebido de atribuciones y una actuación por fuera de las atribuciones conferidas por la Ley marco.

Pese a que fue derogado por el Decreto 937 de 1999, con el propósito de mantener la seguridad jurídica y para corregir los efectos que pudo producir durante su vigencia, pide se declare su nulidad.

EL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público constituyó apoderado y por su conducto presentó escrito de réplica visible a los fls. 222 y ss, Del cual se mencionan, los principales apartes, ello con el fin de solicitar a la Corporación el rechazo de los cargos de la demanda.

En el citado escrito se procede a hacer un recuento del régimen pensional de los Magistrados de las Altas Cortes y al respecto cita los artículos 15 de la Ley 4ª de 1992, 28 del Decreto 104 de 1994, 273 de la Ley 100 de 1993 y 691 de 1994.

Observa el opositor que en general la Ley 100 de 1993 vino a sujetar a todos los servidores públicos a sus disposiciones, inclusive a los Congresistas en lo cual modificó lo previsto en la Ley 4ª de 1992, tal y como se desprende del artículo 273, declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-408-94.

Posteriormente el Decreto 691 de 1994 ratificó dicha incorporación inclusive a los funcionarios de la rama judicial, todo ello "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 104 de 1998 ", que había extendido a los Magistrados de las Altas Cortes el régimen previsto para la liquidación de las pensiones de los Senadores de la República y los Representantes a la Cámara, cuyo régimen de transición, acorde con la regulación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, quedó contemplado en el Decreto 1293 de 1994.

A juicio del impugnador, una vez que el Gobierno ejerció la opción de incorporar a todos los servidores públicos al régimen de la Ley 100 "... ya no es posible considerar que existe un régimen especial de pensiones, pues lo que previó la norma marco contenida en la Ley 100 de 1993, es aplicar el régimen de la Ley 100 de 1993" (fl. 226), sin que pueda producirse una desincorporación posterior.

Con relación al artículo 25 expresa la réplica que el Decreto 104 de 1994 fue expedido con antelación a la vigencia de la Ley 100. cuando no se había definido el régimen de transición de los Congresistas, el cual únicamente se precisó con la expedición del Decreto 1293 de 1994 artículo 20 respecto del cual estima el opositor que "... le lectura misma de la disposición se desprende que ella está regulando a quienes eran senadores o representantes el 1º de abril de 1994 y en esa fecha cumplía alguno de los dos requisitos mencionados" (fls. 228) o sea que el régimen anterior a que alude el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 "... solo es aplicable a quienes estaban afiliados o dicho régimen el 1º de abril de 1994, pues así lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 al cual hace referencia el decreto mencionado" (decreto 1293 de 1994) (fl. 229).

"Se puede concluir entonces que a la fecha de la expedición del Decreto 043 de 1999 los magistrados se encontraban sometidos al Sistema General de Pensiones, con excepción de aquellos beneficiarios del régimen de transición previsto de manera especial para los congresistas, en materia de cuantía de la pensión y factores de liquidación de la misma. Dicho régimen de transición suponía que los servidores tuvieran la calidad de congresistas (o de magistrados) el 1º de abril de 1994 y que cumplieran los demás requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, la edad o el tiempo de servicios allí establecidos" (fl. 230).

Añade luego que el artículo 25 acusado tampoco lesiona derechos adquiridos porque a su juicio y de acuerdo a la jurisprudencia contenida en la sentencia C-417 de 1997 de la Corte Constitucional, cuyos apartes principales transcribe "...el decreto (043) no hace referencia - ni podría hacerlo - a ninguna situación anterior que se hubiese consolidado válidamente ba¹ cualquier otra norma; dichas situaciones se encuentran claramente definidas al amparo de otras reglas y no pueden ser modificadas por ninguna disposición legal o reglamentaria, al tenor del artículo 58 de la Carta" (fl. 231).

En lo atinente al cargo consistente en que el Decreto acusado desconoció el régimen especial de pensiones de los magistrados el opositor expresa:

"De nuevo, concluimos que en los términos de la Ley 100 de 1993, no existe un tal régimen especial de pensiones de los magistrados de las Altas Cortes, diferente de aquel que consagran las normas anteriores, y que se preserva en los términos de la misma Ley 100, para quienes cumplen los requisitos del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 y del fijado para los congresistas. Carecería de fundamentos constitucionales y de equidad que el régimen pensional de los magistrados (incluyendo su régimen de transición) fuese de algún modo más favorable que el establecido para los congresistas, cuando las especiales (sic) de su régimen derive precisamente de la vinculación a éste último" (fl. 236).

Finalmente, con relación al artículo 25 expresa la réplica que la "... norma acusada no contiene para los magistrados un régimen menos favorable que el consagrado en el Decreto 104 de 1994, el cual remite a su vez y para todos los efectos al régimen pensional de los congresistas, tanto en materia de régimen (ley 100 de 1993) como en materia de régimen de transición (Decreto 1293 de 1994).

Con respecto al artículo 26 del Decreto 043 , en la replica se señala que no todas las materias relacionadas con el régimen de seguridad social de competencia del legislador, como ocurre en los aspectos referentes al monto de las cotizaciones que fueron deferidas a la reglamentación del Gobierno conforme al artículo 18 de la Ley 100 de 1993, Agrega además que "Si como se ha notado, el régimen de transición de los magistrados de la Altas Cortes se encuentra referenciado en cuanto a factores y montos al de los congresistas, es apenas obvio que sus cotizaciones se calculen sobre la misma base, por referencia al mismo régimen" (fl. 238).

En relación con el artículo 27 el opositor se abstiene de formular comentarios en vista de que dicha norma no tuvo aplicación alguna en el período en el que se encontró vigente, por haber sido derogada por el artículo 1° del decreto 937 de 1999.

Finalmente, en lo atinente al artículo 28 indica la réplica que la norma en estudio "... empalma de manera directa con las disposiciones propias del régimen de transición, puesto que los servidores que se encuentran en la hipótesis del artículo 28 no tienen jurídicamente reconocido el derecho a la pensión y, por tanto, se encuentran todavía sometidos al régimen de pensiones" por lo cual "Toda vez que se trata de una pensión causada pero no reconocida, es apenas natural que se tome en cuenta para la liquidación de la pensión final, el nuevo tiempo de servicios" (fl. 239).

Encuentra el impugnador que "Es apenas equitativo que existiendo nuevos factores que modifican las bases que deben tenerse en cuenta para el cálculo de la pensión, ésta deba ser reliquidada" (fl. 240).

Para resolver, se

CONSIDERA

Ante todo observa la Sala que el artículo 27 del Decreto acusado fue derogado por el artículo 1° 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 demanda, es decir, no se presenta la sustracción de materia.

A éste respecto ha dicho la jurisprudencia de la Sala Plena de la Corporación: "Por ello la Sala opina que, aún a pesar de haber sido derogados, es necesario que ésta Corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general, pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectada por la norma acusada, imperio y legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violadora, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras tal pronunciamiento no se produzca, tal norma, aún derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en sus efectos, a aquellos actos de contenido particular que hubiesen sido expedidos durante su vigencia ". (Sentencia del 14 de enero de 1991 - Consejero Ponente: Dr. CARLOS GUSTAVO ARRIETA PADILLA - Exp. S. 157).

Previo al examen de las disposiciones acusadas, son indispensables las siguientes precisiones.

Con anterioridad a la expedición de la Constitución Nacional de 1991 la pensión de jubilación de los servidores oficiales estaba regulada, de manera general, por la Ley 33 de 1985, conforme a la cual se dispuso que se tendría derecho a aquella prestación cuando el empleado oficial sirva o haya servido veinte años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años. Pero la misma disposición en el artículo 1° inciso 2° señaló que no estaban sujetos a la anterior regla general "...los empleados oficiales que trabajaban en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones" .

Los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional disfrutaban de un régimen especial en materia pensional contenido en el artículo 6° del Decreto Ley 546 de 1971.

La Carta Política del año 1991 en el artículo 150 numeral 19 literal e), dispone:

"Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

“.....”

"19 a..... , b..... , c..... d..... , e..... Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública " .

En desarrollo de dicho mandato constitucional se expidió la ley 4° de 1992, la cual consagra los objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los siguientes servidores: empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico; empleados del Congreso Nacional, Rama Judicial, Ministerio Público, Fiscalía General de la Nación, Organización Electoral, Contraloría General de la República, Miembros del Congreso Nacional y Fuerza Pública" (Art. 1°).

La Ley 4ª de 1992 señaló un mínimo de criterios, entre ellos el del literal a) del artículo 2° que se transcribe.

"El respecto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general,

corno de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales ".

-

Por su parte, el artículo 17 de la mencionada Ley 4ª dispuso:

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

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

De otro lado, el artículo 16 de la misma Ley determinó:

La remuneración, las prestaciones sociales y los demás derechos laborales de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura y los Fiscales del Consejo de Estado, serán idénticos".

La Corte Constitucional mediante sentencia C-608 de 1999 declaró exequible el artículo 17, al estimar que el legislador podía establecer regímenes especiales en materia de salarios y prestaciones para determinados funcionarios, dadas las altas responsabilidades a su cargo.

Las anteriores referencias son indispensables en razón a que, a los Magistrados de las Altas Cortes los ha venido cobijando el mismo régimen especial de pensiones que a los congresistas.

Para cumplir lo ordenado por el artículo 17 de la Ley 41ª de 1992 el Presidente de la República expidió el Decreto 1359 del 12 de julio de 1993, por el cual se reguló el Régimen Especial de Pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para Senadores y Representantes de la Cámara.

En el artículo 4º del citado decreto se dispuso que para acceder a ese régimen pensional especial, se deberán cumplir los siguientes requisitos:

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

"b) Haber tomado posesión del cargo.

Al entrar en vigencia el nuevo régimen de Seguridad Social Integral contenido en la Ley 100 se dispuso lo siguiente en el artículo 273 inciso 1°:

"El Gobierno Nacional, sujetándose a los objetivos, criterios y contenidos que se expresan en la presente Ley, y en particular a lo establecido en los artículos 11 y 36 de la misma, podrá incorporar, respetando los derechos adquiridos, a los servidores públicos, aún a los congresistas, al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

El Decreto 104 del 13 de enero de 1994, por el cual se dictan unas disposiciones en materia salarial y prestacional para la Rama Judicial del Ministerio Público y de la Justicia Penal Militar, en su artículo 28 señaló lo siguiente:

"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 los 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 ".

Lo anteriormente expuesto, explica las razones por las cuales a los Magistrados de las Altas Cortes se les ha venido aplicando el mismo régimen especial de pensiones que a los Senadores y Representantes o la Cámara.

De otra parte, para la Sala fluye con claridad que la Ley 100 de 1993 mantuvo vigente el régimen especial de pensiones para los Senadores y Representantes, aplicable por extensión a los Magistrados de las Altas Cortes, pues así lo dispuso el artículo 273 transcrito.

Como consecuencia de ello el Gobierno Nacional, al incorporar los servidores públicos al Sistema General de Pensiones de la Ley 100 dispuso en el Parágrafo del artículo 1° del Decreto 691 de 1994.

"La incorporación de los servidores públicos de que trata el presente decreto se efectuará sin

perjuicio de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 104 de 1994, Decreto 314 de 1994 y Decreto 1359 de 1993 y las normas que lo modifiquen o adicionen.

De otra parte, si bien en el párrafo 3° del artículo 18 de la Ley 100 de 1993 se limitó el monto máximo de las personas a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales, cuando el Gobierno Nacional sujetara la base de cotización a dicho tope máximo, lo cual efectivamente ocurrió con la expedición de los artículos 1° y 2° del Decreto 314 de 1994, a su vez en el artículo 3° se determinó lo siguiente:

"Las limitaciones del presente Decreto no se aplicarán a aquellos servidores públicos que tengan derecho a una pensión superior a las cifras mencionadas de acuerdo a las leyes preexistentes "

La H. Corte Constitucional en forma reiterada ha señalado que los regímenes especiales pensionales tienen respaldo en la Ley 100 de 1993 y mantienen su vigencia en cuanto estén amparados por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la mencionada Ley.

En la sentencia T-235/02 reiterada recientemente en el fallo T-631/02 del pasado 8 de agosto dijo la Corte:

"Si dentro de los Ramos y Entidades, reseñadas en el decreto 691/94 había sectores que tenían regímenes especiales, significa que éstos también fenecen al terminar el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100/93, o sea el 30 de marzo de 2014 al cumplir 60 años los varones que al 1° de abril tenían 40 años de edad y al cumplir 55 años las mujeres que a tal fecha tenían 35 años de edad.

"Hay que agregar que el decreto 691/94 estableció unas excepciones porque la norma no podía violar derechos adquiridos. Estas excepciones son las establecidas en los llamados regímenes exceptuados (artículo 279 Ley 1000/93) y los establecidos en el artículo 28 del decreto 104/94, en el decreto 314/94 y en el decreto 1359/93 (parlamentarios y por extensión normativa a los Magistrados de la Corte Suprema, Consejo de Estado, Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura)".

Mediante decreto 1293 de junio 22 de 1994, artículos 1°, 2° y 3°, se estableció el régimen de transición e los senadores, Representantes, empleados del Congreso de la Republica y del Fondo de Previsión Social del Congreso de la Republica, a quienes se les aplican sus benéficos siempre y cuando a 1° de abril de 1994 hubiesen cumplido alguno de los requisitos señalados en el artículo 36, vale decir, contar con 40 (hombres) o 35 (mujeres) años de edad o haber cotizado o

prestado servicios durante 15 años o más, de acuerdo a lo preceptuado en artículo 3°. Tales beneficios consisten en que "... tendrán derecho al reconocimiento de su pensión de jubilación cuando cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicios o número de semanas cotizadas establecidas en el Decreto 1359 de 1993, así como el monto de la pensión, forma de liquidación de la misma e ingreso base de liquidación establecidos en el mismo Decreto.

Por cuanto el inciso segundo del artículo 25 del decreto acusado remite a lo dispuesto en el párrafo del citado artículo 3° del Decreto 1293 de 1994, a continuación se transcribe:

"El régimen de transición de que trata el presente artículo se aplicará también para aquellos senadores y representantes que durante la legislatura que termina el 20 de junio de 1994 tuvieron una situación jurídica consolidada al cumplir antes de dicha fecha, veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos en una o diferentes de derecho público incluido el Congreso de la República, o 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 2° del Decreto 11723 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 años".

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

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

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

Fue solo el Decreto 043 de 1999 en cuyo artículo 25 - demandado - se condicionó el reconocimiento de la pensión a que tales funcionarios debían cumplir además las condiciones señaladas en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (edad, tiempo de servicio o cotizaciones) y también, estar desempeñando los cargos en propiedad al 1° de abril de 1994.

Ninguno de tales condicionamientos se encontraban en las normas superiores vigentes pues el

Decreto 104 de 1994 se limitó a disponer que a los Magistrados de la Altas Cortes se les debían reconocer las pensiones teniendo en cuenta los mismos factores salariales y cuantía de los Senadores de la República y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas legales vigentes, vale decir, las contenidas en los artículos 6 y 6 del Decreto 1359 de 1993.

La norma cuestionada exige que para que tales Magistrados accedan a la pensión teniendo en cuenta los mismos factores y cuantías de los Congresistas, debían desempeñar los cargos en propiedad a 1° de abril de 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 la 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 1° de abril de 1994”.

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

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

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

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

La siguiente disposición demandada, establece:

ARTICULO 260- En monto de las cotizaciones para el Sistema General de Pensiones de los servidores públicos a que hace referencia el artículo anterior será el establecido para los senadores y Representantes 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.

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

La Sala, sin necesidad de exponer especiales reflexiones, denegará la solicitud de nulidad del artículo 26 del Decreto 043 de 1999 antes transcrito en consideración a que, como antes se hizo precisión, a los Magistrados de la Altas Cotes, destinatarios de dicha disposición se les ha venido aplicando el mismo régimen pensional que a los Senadores y representantes.

En esas condiciones, el artículo 26 en examen, al señalar que el monto de las cotizaciones para el Sistema General de Pensiones será establecido para los Congresistas en el porcentaje señalado en el artículo 6° del Decreto 1293 de 1994, apenas resulta coherente con la normatividad reguladora del sistema, pues el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 señala que "Los empleadores pagarán el 75% de la cotización total y los trabajadores el 25% restante" adicionado con un punto porcentual (1%) para el Fondo de Solidaridad Pensional a cargo de los segundos.

El artículo 27, también demandado, señala:

ARTICULO 27.- Con el propósito de dar adecuada aplicación al literal a) del artículo 6° del Decreto 1293 de 1994, en concordancia con el parágrafo 3° del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, las entidades que tengan a su cargo el reconocimiento de las pensiones de los servidores mencionados en el artículo 25 del presente decreto, deberán calcular la diferencia entre las

cotizaciones requeridas y las efectivamente realizadas, para el período comprendido entre al 1° de abril de 1994 y la entrada en vigencia del presente decreto, actualizadas de acuerdo con la tasa de rendimientos de las reservas del Instituto del Seguros Sociales - ISS - para inversiones diferentes de acciones. La cantidad resultante se distribuirá entre el empleador y el servidor en la proporción establecida en el inciso primero del artículo anterior, previo acuerdo sobre el plazo y condiciones financieras para el pago de la porción respectiva.

Si el servidor opta por no realizar el pago de la porción a su cargo, la entidad encargada del reconocimiento de la pensión reducirá dicha suma de la reserva legal actuarial u de la pensión futura efectiva. En este mismo caso, el empleador tampoco estará obligado al pago de la porción a su cargo.

Las previsiones de este artículo también se aplicaran a los Magistrados que encontrándose en los supuestos del artículo 25 del presente decreto, se hubieren pensionado entre el 1° de abril de 1994 y la fecha de expedición del presente decreto.

Para determinar la legalidad de la anterior disposición, son indispensables las siguientes precisiones:

El Decreto 1293 de 1994, en el literal a9 del artículo 6° prescribe:

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 el 25.5% del ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Congresista, 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 destinado al Fondo de Solidaridad Pensional.

Por su parte, el artículo 27 del decreto 043 de 1999 en examen, señala algunas reglas para dar adecuada aplicación a la norma antes de transcrita.

Ahora bien, esta disposición, como se dijo, señala reglas para la adecuada aplicación del literal a)

del artículo 6° del Decreto 1293 de 1994, al cual se hizo referencia; imparte instrucciones a las entidades que tengan a su cargo el reconocimiento de pensiones de los servidores mencionados en el artículo 25, sobre la forma como deben calcular la diferencia entre las cotizaciones requeridas y las que efectivamente realizadas entre al 1° de abril de 1994 y la entrada en vigencia del decreto, la forma se distribuirá entre empleador y empleado la cantidad resultante, previo acuerdo sobre el plazo y condiciones de pago de la proporción respectiva. Contempla la posibilidad de que en caso de que el servidor no realice el pago de su proporción, su pensión se le disminuya, caso en el cual, releva a la entidad empleadora de la obligación de realizar el pago a su cargo. Por último, señala que esas reglas se apliquen a los Magistrados que se hubieran pensionado entre al 1° de abril de 1994 y la fecha de expedición del decreto demandado y que se encontraran en la situación prescrita en el artículo 25.

Fijadas en esas condiciones las reglas para la aplicación del literal a9 del artículo 6° del Decreto 1293 de 1994, su ilegalidad es evidente, como pasa a explicarse:

Por mandato legal el empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago el monto de las cotizaciones obligatorias. Es perentoria la Ley al señalar: "El empleador responderá por la totalidad del aporte aún en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador. (Ley 100 de 1993).

En las anteriores condiciones, las reglas que fijaba el artículo 27 del Decreto 043 de 1993, aparecen en contravía de la Ley, pues así se desprende con meridiana claridad, entre la confrontación de la disposición acusada con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Empero, no sólo quebranta de manera ostensible la norma legal, sino que le imprime efectos retroactivos al 1° de abril de 1994 y al prever su aplicación a los Magistrados, que encontrándose en los supuestos del artículo 25, se hubieran pensionado entre el 1° de abril de 1994 y la fecha del decreto atacado, irrespeta situaciones jurídicas definidas. Se declarará su nulidad.

Conviene agregar también que de acuerdo al artículo 23 de la Ley 100 de 1993 la no consignación de los aportes dentro de los plazos legales conlleva el reconocimiento de intereses moratorios pero no la deducción de dichas sumas de la reserva actuarial y de la pensión futura efectiva, por lo cual el artículo 27 demandado introdujo una sanción no prevista en la norma superior.

La última disposición acusada es la siguiente:

ARTICULO 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.

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

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

En mérito de lo expuesto la Sala de Conjuces de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO. Declárese 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.

En consecuencia, el citado artículo quedará así:

"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 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 señalados para los Congresistas en el párrafo del artículo 3° del Decreto 1293 de 1994.

SEGUNDO. DECLARASE la nulidad de los artículos 27 y 28 del Decreto 043 de 1999.

TERCERO. NIEGANSE las demás súplicas de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

Discutida y aprobada en sesión celebrada el día 18 de noviembre de 2002

ALVARO DIAZ GRANADOS	JAIME CERON CORAL
HERNAN G. ALDANA DUQUE	LUCY CRUZ DE QUIÑONES

GUILLERMO LOPEZ GUERRA	CARMENZA MEJIA MARTINEZ
VICENTE AMAYA MANTILLA	RAFAEL A. LINARES ORTEGA
PEDRO CHARRIA ANGULO	ADELAIDA ANGEL ZEA
OSCAR JIMÉNEZ LEAL	RAMON MADRIÑAN DE LA TORRE
HECTOR GARCIA ANGARITA	MARTÍN BERMÚDEZ

JAIME AHUMADA DIAZ	JAIME MOSSOS GUARNIZO
RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT P.	WILLIAM NAME
AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA	JAIME ORLANDO SANTOFIMIO G.
GILBERTO PEÑA Castrillón	MAURICIO TORRES CUERVO

--	--

JOSE ALEJANDRO BONIVENTO

MERCEDES TOVAR DE HERRAN

Secretaria General



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

