

CONCEPTO 11040 DE 2008

(septiembre 9)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

Bogotá, D.C.

PARA: Doctora Isabel Cristina Martínez Mendoza

Gerente Nacional de Atención al Pensionado (E)

DE: Dirección Jurídica Nacional – Unidad de Seguros

ASUNTO: GNAP No. 03805 Monto Cotización Magistrados Alta Corte

Con el propósito de atender su solicitud de concepto frente al requerimiento de que el Magistrado de Alta Corte se desempeñe como Magistrado en propiedad a 1o de Abril de 1994, para efectuar las cotizaciones sobre un porcentaje del 25.5%, nos permitimos manifestar:

El Decreto 043 del 8 de enero de 1999, “Por el cual se dictaron disposiciones en materia salarial y prestacional para la Rama Judicial y del Ministerio Público”, estableció en su Artículo [25](#) que 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 al 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.

Realmente, es en el Decreto [043/99](#) donde se introduce una modificación sustancial al régimen pensional de los magistrados de las altas cortes, por la circunstancia de que para obtener la pensión deben haber estado desempeñando el cargo el 1 de abril de 1994 y cumplir con las condiciones previstas en el inciso 2 del art. [36](#) de la ley 100/93 (Régimen de Transición).

El Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Conjuez Ponente, Doctor Pedro Charria Angulo, mediante Sentencia del 18 de noviembre de 2002 dictada en el proceso IJ 008 del 18 de Noviembre de 2002, declaró la nulidad de la expresión "... que a 1o de abril de 1994 desempeñaban sus cargos en propiedad y cumplían las condiciones previstas por el inciso 2o del artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993, contenida en el primer inciso del artículo [25](#) del Decreto 043 de 1999”. Por las siguientes razones:

“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 1o 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 [5](#) 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 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 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 1o 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 1o del artículo [25](#) del Decreto 043 de 1999 en el segmento que dice “... que al 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”.

Así mismo, es oportuno señalar que la jurisprudencia en reiteradas oportunidades se ha referido a la exigencia de requisitos adicionales a los legalmente consagrados en el inciso 2 del artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993, entre ellos la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 13 de Mayo de 2003. Exp. 19069, Magistrado Ponente Doctor: Carlos Isaac Nader, señaló:

“Escudriñado el proveído que puso fin a las instancias (flos 11 - 14 cdno 2ª inst), es irrefutable

que, como lo señala el recurrente, el juzgador ad quem expresamente no compartió y se separó del anterior entendimiento que la Sala le dio en el fallo citado al inciso 2o del artículo [36](#) de la ley 100 de 1993, sobre régimen de transición, particularmente a la expresión "al cual se encuentren afiliados", razón por la cual es acertada la increpación de la segunda parte del ataque, según la cual incurrió en interpretación errónea de la norma en comento, puesto que como lo sostuvo la Corporación en la sentencia aludida y lo ha reiterado después en los fallos de casación 18304 del 19 de septiembre 2002 y 19069 del 4 de diciembre del mismo año, en rigor el artículo [36](#) de la ley 100 de 1993 sólo impone como requisitos para obtener los beneficios del régimen de transición la edad o los años de servicio cotizados, más en ningún momento el de estar afiliado a un sistema de pensiones al entrar a regir la normatividad que regula la pensión de vejez en la ley que introdujo el sistema de seguridad social integral, como lo dedujo equivocadamente el Tribunal en el fallo gravado.

Por lo tanto, como el Tribunal no acogió la interpretación que del inciso 2o del artículo [36](#) de la ley 100 de 1993 ha venido plasmando la Corte, incurrió en el yerro de apreciación jurídica que la censura le imputa en la parte no fáctica de la impugnación.

De otra parte frente a la tesis del juzgador, anclada en jurisprudencia de la Corte Constitucional, publicada, según lo indica, en septiembre de 2000, es oportuno hacer alusión a lo que esa Corporación expuso sobre el tema materia de controversia, en el más reciente fallo T- [235](#) de 2002, en el que, contra lo argüido por el Tribunal, puntualizó:

"Para tener derecho al régimen de transición la norma no exige que se estuviere cotizando el 1o de abril de 1994

"La sentencia T-[534](#)/2001 determinó que para la viabilidad del régimen de transición no es necesario que el peticionario se encontrara cotizando a un régimen de seguridad social el 1o de abril de 1994, porque "con esta óptica se somete la viabilidad del régimen de transición a un presupuesto no previsto en la ley y se incurre en una práctica discriminatoria, pues a pesar de que un trabajador cumpla los requisitos legalmente exigidos, se le despoja de los beneficios implícitos en ese régimen y, por esa vía, se propicia la vulneración de sus derechos fundamentales de igualdad y de seguridad social". Si una entidad no aplica el régimen de transición, el resultado según la mencionada sentencia es el siguiente: "Ante esa situación se tutelarían los derechos fundamentales de petición, al debido proceso, a la igualdad y a la seguridad social, ligada a la satisfacción del mínimo vital, y se le ordenara a la entidad accionada emitir su acto administrativo teniendo en cuenta la solicitud de pensión de jubilación referida a la aplicación del régimen anterior a la ley [100](#) y, en caso de aplicar el régimen de transición, excluir, de las exigencias que se le hacen, el punto relativo a la existencia de vínculo laboral al tiempo de entrada en vigencia de esa ley".

Finalmente, como conclusión al tema materia de consulta, transcribimos apartes de la Circular 042 del 26 de Agosto de 2004 expedida por el Procurador General de la Nación, en cuanto a la Aplicación vía administrativa de los reiterados fallos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Régimen Pensional de las Altas Cortes, así:

"A su vez, el Decreto No. 3568 del 11 de diciembre de 2003, revivió el requisito tantas veces calificado como improcedente, al establecer:

"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 prevista 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.

(...)"

No obstante el intento de darle vigencia a la disposición anulada, a través del Decreto antes mencionado, el ejecutivo se vio obligado a expedir el Decreto No. 2426 del 2 de agosto de 2004, publicado en el diario oficial No. 45.628, para derogar unas disposiciones del Decreto 3568 de 2003, al señalar:

“Artículo 1o. Deroga los artículos 25 y 27 del Decreto 3568 del 11 de diciembre de 2003.”

Por lo tanto, resulta evidente que es improcedente el requisito adicional que se intentó revivir, lo cual es suficiente para entender que es inaplicable.

En este orden de ideas y teniendo claro que no se puede exigir a los Magistrados de las altas cortes y a los agentes del Ministerio Público que intervienen ante ellos, el requisito de estar desempeñando el cargo en propiedad el 1o de abril de 1994, deben aplicarse en su integridad las demás condiciones legales de reconocimiento y pago de las pensiones a quienes reúnan los requisitos exigidos y adquieran el derecho conforme a la ley.

Por tratarse de una situación jurídica definida en providencias proferidas por las altas cortes, se debe tener presente esa circunstancia a fin de evitar costosos pleitos y sobre costos que puedan lesionar el patrimonio público”.

En los anteriores términos esperamos absolver lo consultado.

Cordialmente,

SERGIO HERNANDO COLMENARES PORRAS

Director Jurídico Nacional

Revisó: RUTH ALEYDA MINA GARCÍA

Jefe Unidad de Seguros

Dirección Jurídica Nacional

MNLP

Rad: 6684 - 6602

2008.09.03



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

