

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SÚPLICA - Procede por violación directa de normas sustanciales. No constituye una nueva instancia / VIOLACIÓN DIRECTA DE NORMAS SUSTANCIALES - Noción. Puede presentarse por aplicación indebida falta de aplicación o interpretación errónea

La única causal prevista era la violación directa de normas sustanciales, entendiendo que estas eran las “que, en razón de una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal situación.” En consecuencia, este recurso no procedía por violación indirecta de normas sustanciales ni por violación de normas procesales. Así lo explicó una de las Salas Especiales Transitorias, al precisar que la violación directa podía presentarse en tres modalidades: i) aplicación indebida, ii) falta de aplicación e iii) interpretación errónea, eventos estos explicados de la siguiente forma: “La falta de aplicación se presenta cuando el fallador omite aplicar la norma que correspondía. Por su lado, la aplicación indebida se configura cuando el juez aplica normas que no eran las pertinentes al caso objeto de decisión. Y, por último, la interpretación errónea se da cuando el juez elige acertadamente la norma pero le atribuye un significado que no es correcto.” A partir de la única causal en que este se podía fundar, la jurisprudencia fue clara en señalar que el recurso extraordinario de súplica no era un medio judicial para replantear o volver sobre la discusión de fondo, es decir, no era una instancia adicional o una tercera instancia. Por tanto, las controversias sobre aspectos fácticos o la valoración de los medios de prueba, no podían ser el fundamento o sustento de este recurso excepcional

FUENTE FORMAL: DECRETO 01 DE 1984 – ARTÍCULO 194

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN – Indebida aplicación / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN – Concepto. Finalidad

La condición para ser titular del régimen especial de la Ley 4ª, artículo 17, necesariamente era la vinculación a la entidad para el 1 de abril de 1994, porque solo así se podía predicar que se era titular de un régimen especial y cumplir los requisitos de la transición para que derogado aquel, se pudiera predicar el derecho obtener la pensión bajo sus lineamientos. Lo anterior se deduce de lo que debe entenderse por un régimen de transición, pues es importante advertirlo, este se ha determinado como una forma de proteger las expectativas de un grupo de personas de poder pensionarse bajo las condiciones del sistema que lo cobijaba al momento del cambio de legislación. Es decir, pese a no tener un derecho adquirido, la modificación de condiciones legales para obtener el derecho pensional generaba una carga que las personas en ciertas condiciones no estaban obligadas a soportar, en la medida en que tenían una expectativa de adquirir su pensión con los requisitos que venían gobernando el tema, hecho que obligaba al legislador a intervenir para no modificar esas condiciones, creando lo que se denominó “régimen de transición” para proteger unas “expectativas legítimas” para que quienes estuvieran en él, fueran amparados por la normativa que regía antes de la reforma, convirtiéndose así, en un verdadero derecho. Entiéndase, el derecho al régimen o sistema de transición y no a la prestación, pues esta no se había consolidado “(...) si bien frente a un tránsito legislativo y al régimen de transición respectivo el derecho a la pensión no es un derecho constitucional adquirido, sino una expectativa legítima, sí existe un derecho al régimen de transición de las personas cobijadas por el mismo”

FUENTE FORMAL: LEY 4 DE 1992 – ARTÍCULO 17 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 36

RÉGIMEN PENSIONAL DE FUNCIONARIOS JUDICIALES – Magistrados de Altas Corporaciones / RÉGIMEN PENSIONAL DE FUNCIONARIOS JUDICIALES – Evolución normativa

Antes de la vigencia de la Constitución de 1991, los funcionarios y empleados de la rama judicial tenían un régimen especial en materia pensional contenido en el Decreto-Ley 546 de 1971. El tema prestacional, en vigencia de la Constitución de 1886, podía ser objeto de precisas facultades extraordinarias, hecho que hacía que el Presidente de la República fuera el que generalmente hiciera su regulación, como lo hizo expresamente para la rama judicial. La entrada en vigencia de la Constitución de 1991, en relación con el régimen laboral y pensional de los empleados públicos, incluidos el poder legislativo y la Fuerza Pública, implicó que solo el Congreso de la República podía determinar su regulación mediante una ley marco o cuadro, en los precisos términos del artículo 150, numeral 19. Por tanto, esa facultad fue ejercida por el Congreso de la República en la Ley 4ª, en la que se fijaron los objetivos y criterios que debería tener en cuenta el Gobierno Nacional para establecer el régimen salarial, entre otros, de los funcionarios y empleados de la rama judicial. En dicha normativa, específicamente en el artículo 17, se indicó que el Gobierno Nacional fijaría un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones para los congresistas que no podría ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año y por todo concepto estos llegaren a percibir. Esos factores estaban expresamente determinados en mismo artículo 17 de la Ley 4ª. Así mismo, el Gobierno Nacional, en el artículo 28 del Decreto 104 de enero 13 de 1994 equiparó el régimen pensional de los magistrados de las Altas Cortes al de los congresistas, al indicar que: “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 ese orden de ideas se entendió que los magistrados de las denominadas Altas Corporaciones para enero de 1994, cuando entró en vigencia el Decreto 104, podían estar amparados por el régimen del Decreto Ley 546 de 1971 o el del artículo 17 de la Ley 4ª, según las condiciones de cada caso

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1886 / DECRETO LEY 546 DE 1971 – ARTÍCULO 6 / DECRETO LEY 546 - ARTÍCULO 8 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 – ARTÍCULO 150 NÚMERAL 19 / LEY 4 DE 1992 – ARTÍCULO 17 / DECRETO 104 DE 1994

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA VEINTIDOS ESPECIAL DE DECISION

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., seis (06) de junio de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-15-000-2004-01034-00(S)

Actor: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Decide la Sala Especial de Decisión No. 22, el recurso extraordinario de súplica presentado por el Ministerio Público contra la sentencia de 29 de mayo de 2003, proferida por la Sección Segunda, Subsección "B", del Consejo de Estado, que confirmó el fallo de primera instancia en el sentido de declarar la nulidad de los actos administrativos acusados.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. El ciudadano Tomás Javier Díaz Bueno, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y mediante apoderado, solicitó la nulidad parcial de las resoluciones: 00791 de 1998, expedida por el Instituto de Seguros Sociales, que le reconoció la pensión vitalicia de jubilación; la 004272 de 1999 que resolvió el recurso de reposición contra la anterior y la 000221 de 1999 que desató el recurso de apelación contra esta última.

1.2. A título de restablecimiento del derecho solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación en cuantía del 75% de los ingresos percibidos durante el último año de servicios y que se declarara que la misma no estaba sujeta a ningún tope.

1.3. Al momento de solicitar la pensión de jubilación, año 1997, el ciudadano Díaz Bueno contaba con 63 años, 4 meses y 20 días de edad y 34 años, 6 meses y 27 días de tiempo de servicio.

1.4. El doctor Díaz Bueno, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100, contaba con más de cuarenta (40) años de edad y, en consecuencia, alegó estar amparado por el régimen de transición del artículo 36 de la mencionada ley, razón por la que adujo tener derecho al reconocimiento de su pensión en los términos del régimen especial de transición reconocido para los congresistas en el Decreto 1293 de 1994¹.

¹ 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.

2. Sentencia recurrida

El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", en providencia de 29 de mayo de 2003, consideró que las resoluciones demandadas desconocieron que los magistrados de las Altas Cortes eran beneficiarios del régimen especial de pensiones de los congresistas. Por tanto, las pensiones reconocidas a estos funcionarios judiciales estaban sujetas a las siguientes reglas:

Edad: Determinó que tenían derecho a la pensión quienes *"lleguen o hayan llegado a la edad que dispone el artículo 1º del parágrafo 2º de la Ley 33 de 1985..."*, dicha norma hacía referencia a la edad establecida en las disposiciones especiales para la rama judicial, es decir, los 50 años que fijó el Decreto 1723 de 1964, artículo 2, literal b).

Cuantía: Con fundamento en el artículo 7º del Decreto 1359 de 1993, que se reiteró en el 3º del Decreto 1293 de 1994, la pensión no podía ser inferior **al 75%** del promedio **que durante el último año y por todo concepto percibiera un congresista.**

Tiempo de servicio: Preciso que debía ser de 20 años, continuos o discontinuos, en diferentes entidades de derecho público o privado, según lo estipulado en el artículo 7º de la Ley 71 de 1988.

El fundamento de la decisión estuvo en que los servidores de la rama judicial gozaban de un régimen especial de pensiones: el previsto en el Decreto Ley 546 de 1971, por lo que quienes, en vigencia de la Ley 33 de 1985, cumplieran con los requisitos señalados en el artículo 6º del citado decreto, eran beneficiarios del régimen especial, incluidos los magistrados de las Altas Cortes que estuvieran amparados por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100.

Igualmente se indicó que a partir de la expedición de las leyes 4ª de 1992 y 100, a los magistrados de las Altas Cortes que no estuvieran amparados por el régimen del Decreto 546 de 1971 se les debía aplicar el régimen de los congresistas, en

concordancia con el artículo 17 de la Ley 4ª y el artículo 7° del Decreto 1359 de 1993² que estableció para estos un régimen especial de pensiones.

En ese sentido, el pronunciamiento indicó que el régimen especial que beneficiaba a los congresistas cobijaba a los magistrados de las Altas Cortes desde la expedición del Decreto 104 de 1994, que expresamente incluyó a estos como titulares de las normas creadas para los legisladores.

Por tanto, el Decreto 691 de 1994³ que incorporó al sistema general de pensiones de la Ley 100, entre otros, a los servidores de la rama judicial, dejó a salvo para los magistrados de las Altas Cortes el régimen especial de pensiones diseñado para los congresistas.

En ese orden ideas y, para el caso concreto, consideró que al demandante Díaz Bueno se le debía aplicar el régimen especial de los congresistas **pese a que para el 1º de abril de 1994 no desempeñaba el cargo de magistrado de Alta Corte**, en razón al régimen de transición que fijó el Decreto 1293 de 1994. Por tanto, consideró que el artículo 25 del Decreto 43 de 1993 no podía tener aplicación al demandante.

En consecuencia, confirmó la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se ordenó al Instituto de Seguros Sociales reliquidar la pensión del demandante en una cuantía igual al 75% de los ingresos percibidos durante el último año de servicio por todo concepto, es decir, como Magistrado del Consejo de Estado. Igualmente señaló que debía **descontarse del monto de la pensión, el valor de los aportes que han debido entregarse al I.S.S. sobre los salarios devengados por el demandante.**

3. Recurso extraordinario

La Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado interpuso el recurso extraordinario de súplica el 29 de septiembre de 2003 contra el fallo anterior, con fundamento en los siguientes argumentos:

² "Por el cual se establece un régimen especial de pensiones, así como de reajustes y sustituciones de las mismas, aplicable a los senadores y representantes a la cámara".

³ "Por el cual se incorporan los servidores públicos al sistema general de pensiones y se dictan otras disposiciones".

El actor se desempeñó como Consejero de Estado entre el 1º de junio de 1996 hasta el 8 de marzo de 2000, con anterioridad a este período no fue ni servidor de la rama judicial ni congresista. Asimismo, para el 1º de abril de 1994, ya había cumplido con los requisitos del régimen general de pensiones administrado por el ISS.

En consecuencia, señaló que la providencia objeto de recurso desconoció:

Primero: los artículos 1, 4, 5, 6, 7 y 8 del Decreto 1359 de 1993; 1, 2 y 3 del Decreto reglamentario 691 de 1994; 17 de la Ley 4º y 28 del Decreto 104 de 1994.

Una interpretación sistemática de las anteriores normas, permitía concluir que el régimen especial de pensiones creado por el Decreto 1359 de 1993 se aplicaba a quienes, a partir de la vigencia de la Ley 4ª, tuvieran la calidad de miembros del Congreso y estuvieran afiliados al Fondo de Previsión del Congreso, norma que estuvo vigente hasta el 19 de diciembre de 1993, cuando entró a regir el Decreto 691 de 1994 que incorporó a los funcionarios de la ramas legislativa y judicial al régimen pensional de la Ley 100.

Por tanto, la sentencia objeto de súplica le reconoció equivocadamente al demandante **el régimen pensional especial de congresista**, es decir, aplicó indebidamente los artículos 17 de la Ley 4ª; 28 del Decreto 104 de 1994; 5º, 6º y 7º del Decreto 1359 de 1993 y dejó de aplicar los artículos 1º y 4º de esta última norma.

También inaplicó los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto 691 de 1994 que incorporó a los congresistas y servidores de la rama judicial al sistema de la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de enero 1994, toda vez que el actor solo se desempeñó como Consejero de Estado desde el 1º de junio de 1996.

Segundo: Los artículos 1, 2, 3 y 4 del Decreto 1293 de 1994; 1, 4, 5, 6, 7 y 8 del Decreto 1359 de 1993; 1, 2 y 3 del Decreto reglamentario 691 de 1994; 17 de la Ley 4ª y 28 del Decreto 104 de 1994.

La agente del Ministerio Público consideró que como el actor no tenía derecho al régimen especial de pensiones previsto en el Decreto 1359 de 1993, tampoco tenía derecho al régimen de transición previsto en el Decreto 1293 de 1994, es

decir, el fallo recurrido aplicó indebidamente los artículos 1º, 2º, 3º y 4º del Decreto 1293 de 1994; el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; los artículos 1º, 4º, 5º, 6º, 7º y 8º del Decreto 1359 de 1993, el 17 de la Ley 4º de 1992, el 28 del Decreto 104 de 1994 y dejó de aplicar los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto 691 de 1994.

Explicó que las normas de transición no son para crear un régimen especial sino para conservar en el tiempo uno sustituido por otro. Por lo tanto, si el actor no estaba en el régimen de los congresistas para el 1º de abril de 1994, este no se le podía aplicar como erróneamente lo hizo la decisión suplicada.

4. Trámite del recurso

El recurso fue concedido mediante auto de 18 de febrero de 2004 (fl. 66, cdno ppal) y se admitió el 15 de octubre del mismo año (fl. 71, cdno ppal).

4.1. El apoderado del Instituto de Seguros Sociales mediante escrito de 30 de marzo de 2005, coadyuvó los argumentos expuestos por la Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado en el recurso extraordinario de súplica y solicitó *"infirmar"* la sentencia, para que, como consecuencia se revoque la de primera instancia y, se profiera un nuevo fallo que deniegue las pretensiones de la demanda.

4.2. La parte demandante, al descorrer el traslado del recurso de súplica sostuvo que en la sentencia IJ-008 de 18 de noviembre de 2002, la Sala Plena de lo Contencioso precisó la aplicación del régimen normativo especial de pensiones para los magistrados de las Altas Cortes, providencia que deja sin piso jurídico la interpretación en que se sustenta el recurso de súplica.

4.3. Por auto de 6 de diciembre de 2005, se corrió traslado para alegatos de conclusión.

El apoderado del señor Tomás Javier Díaz Bueno señaló que la Procuraduría General de la Nación, mediante Circular 042 de 2004, sostuvo que a los magistrados de las Altas Cortes no se les podía exigir el requisito de estar desempeñando el cargo en propiedad al 1º de abril de 1994.

Mediante escrito de 18 de enero de 2006, el apoderado del Instituto de Seguros Sociales reiteró los argumentos expuestos en el escrito de coadyuvancia del recurso extraordinario.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el 18 de enero de 2006, presentó un escrito en el que dijo coadyuvar el recurso extraordinario de súplica y solicitó se *“quiebre la sentencia recurrida y, en su lugar, se dicte sentencia de instancia denegando las pretensiones de la demanda”* (fl 384, cdno ppal).

4.6. La Consejera Olga Mélida Valle de De la Hoz, por escrito de 7 de noviembre de 2012, se declaró impedida para seguir conociendo del recurso extraordinario de súplica con fundamento en la causal prevista en el numeral 1° del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

4.7. Por auto de 29 de noviembre de 2012, suscrito por quien ahora funge como ponente, se aceptó el impedimento manifestado por la Consejera Olga Médila Valle de De la Hoz, y, por tanto, se ordenó separarla del conocimiento del asunto de la referencia y avocó el conocimiento para decidir sobre el recurso extraordinario de súplica.

4.8. El expediente fue remitido al despacho el 21 de enero de 2013 después de surtidos los trámites del impedimento.

4.9. La Consejera Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, por escrito de 20 de marzo de 2014, se declaró impedida para fallar el recurso extraordinario de súplica con fundamento en la causal contemplada en el numeral 1° del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

4.10. Por auto de 2 de abril de 2014, el ponente aceptó el impedimento manifestado por la Consejera Ortiz de Rodríguez, y, por tanto, ordenó separarla del conocimiento del asunto de la referencia y el sorteo de dos magistrados, uno de la Sección Tercera y otro de la Cuarta, para restablecer el quórum deliberatorio y decisorio en la Sala Especial.

4.11. En diligencia realizada el 9 de abril de 2014 por la Presidenta de la Corporación y el Secretario General, fueron sorteados los doctores Jaime Orlando

Santofimio Gamboa y Jorge Octavio Ramírez Ramírez para integrar la Sala Especial 2D.

4.12. El 7 de julio de 2014, el Consejero Ponente registró el proyecto de fallo.

4.13. La Consejera María Elizabeth García González, por escrito de 15 de agosto de 2014, se declaró impedida para fallar el recurso extraordinario de súplica con fundamento en la causal contemplada en el numeral 1° del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

4.14. Por auto de 3 de octubre de 2014, el ponente aceptó el impedimento manifestado por la Consejera García González, y, por tanto, ordenó separarla del conocimiento del asunto de la referencia y el sorteo un magistrado de la Sección Primera, para restablecer el quórum deliberatorio y decisorio en la Sala Especial.

4.15. En diligencia realizada el 14 de octubre de 2014 por la Presidenta de la Corporación y el Secretario General, fue sorteada la doctora María Claudia Rojas Lasso para integrar la Sala Especial 2D.

4.16. El 2 de diciembre de 2014, la Sala Plena de la Corporación, en ejercicio de la facultad contenida en el artículo 107 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, profirió el Acuerdo 321 de 2014, mediante el cual creó las llamadas Salas Especiales de Decisión para conocer de aquellos procesos de conocimiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o de las Salas Especiales Transitorias.

4.17. En sesión del 7 de julio de 2015, el proyecto fue presentado a consideración de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sesión en la que los doctores Stella Conto Díaz del Castillo, Jaime Orlando Santofimio Gamboa y Hernán Andrade Rincón, presentaron impedimento para conocer del asunto.

4.18. El ponente retiró el proyecto de fallo del conocimiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en razón al cúmulo de impedimentos que se expresó se podían manifestar teniendo en cuenta el objeto del litigio.

4.19. En ese sentido, el proceso regresó a la Sala Especial de Decisión No. 22, la que, por auto de 4 de agosto de 2015, concluyó que solo debía resolver el

impedimento manifestado por el doctor Andrade Rincón, integrante de la Sala Especial de Decisión, porque los otros dos impedimentos fueron presentados por Consejeros que no hacían parte de la Sala Especial de Decisión.

4.20. Aceptado el impedimento del doctor Andrade y sorteado un magistrado de la mencionada Sección para reemplazarlo en la Sala Especial, nuevamente el proyecto se dejó a consideración de la Sala Especial para ser discutido el 1 de septiembre de 2015.

4.20. Aceptado el impedimento del doctor Andrade y sorteado un magistrado de la mencionada Sección para reemplazarlo en la Sala Especial, nuevamente el proyecto se dejó a consideración de la Sala Especial para ser discutido el 1 de septiembre de 2015.

4.21. La Consejera María Claudia Rojas Lasso, por escrito de 1 de febrero de 2016, se declaró impedida para fallar el recurso extraordinario de súplica, porque el tema de fondo tiene incidencia en su situación pensional, es decir, arguyó tener un interés directo en las resultas del proceso.

4.22. El 4 de noviembre de 2015, la Dra. Marta Nubia Velásquez Rico inició su periodo como Consejera de Estado, titular del Despacho del que, hasta ese momento, estaba encargado el Dr. Hernán Andrade.

4.23. Por auto de 2 de febrero de 2016, la Sala Especial de Decisión aceptó el impedimento manifestado por la doctora María Claudia Rojas Lasso y la separó del conocimiento del asunto.

4.24. Por auto de 12 de febrero, el Consejero Ponente ordenó la recomposición de la Sala Especial con los dos consejeros de la Sección Primera que no se habían declarado impedidos para conocer del asunto.

4.25. En diligencia realizada el 16 de febrero de 2016, por el Presidente de la Corporación y el Secretario General, se sorteó al doctor Guillermo Vargas Ayala para integrar la Sala Especial de Revisión No. 22.

4.26. En la sesión del 1 de marzo de 2016, se presentó un empate entre los cuatro miembros que, para este caso, componen la Sala Especial de Decisión, en tanto los

miembros de la Sección Segunda no pueden conocer del asunto, porque fue la que dictó la decisión objeto del recurso extraordinario de súplica, artículo 186 del C.C.A.

4.27. Por auto de ponente de 8 de febrero de 2016, y en razón del empate que se suscitó, se ordenó el sorteo de un nuevo integrante de la Sala Especial de Decisión. Para el efecto, se solicitó al Presidente de la Corporación y al Secretario General hacer el sorteo correspondiente entre los miembros de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, excluyendo a todos aquellos a los que se les había previamente aceptado impedimento como a los integrantes de la Sección Segunda.

4.28. En el sorteo que se realizó el 31 de marzo de 2016, la doctora Stella Conto Díaz del Castillo resultó designada integrante de la Sala Especial de Decisión No. 22 para resolver el asunto de la referencia.

4.29. Por auto de 25 de mayo de 2016, la Sala Especial estudió y aceptó los impedimentos pendientes de resolución, es decir, los presentados por la doctora Stella Conto Díaz del Castillo y el doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

En esta misma providencia se decidió que el nombramiento de conjueces no podía hacerse con los magistrados de la Sala Plena, como lo consideró el ponente, sino de la lista de conjueces, razón por la que se ordenó el sorteo de uno del mencionado listado.

4.30. En cumplimiento de la mencionada providencia, el 2 de junio de 2016 se realizó el sorteo de conjuez, en el que resultó designado el doctor Alejandro Venegas Franco.

4.31. Sin embargo, con ocasión de las elecciones de los Consejeros de Estado Hernando Sánchez Sánchez y Milton Chaves García la Sala Especial de Decisión No. 22 fue prácticamente renovada por el vencimiento del periodo y posterior reemplazo de 2 de sus 4 integrantes. De conformidad con lo anterior, se impone desplazar al conjuez sorteado para que la decisión sea adoptada por los Consejeros Titulares.

Por tanto, reconfirmada la Sala Especial, **se entra a resolver el recurso extraordinario de súplica propuesto.**

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Lo primero que debe advertirse es que el artículo 3º de la Ley 954 y del artículo transitorio 194-A del Código Contencioso Administrativo, adicionado por el artículo 63 de la Ley 1395, en concordancia con el Acuerdo 036 de 14 de junio de 2005 de la Sala Plena del Consejo de Estado, asignaron a las Salas Especiales de Decisión la resolución del recurso extraordinario de súplica, competencia que se prolongó hasta el 2 de diciembre de 2014, cuando se expidió el Acuerdo 321 de 2014.

En el mencionado acuerdo, la Sala Plena del Consejo de Estado, se repite, creó las Salas Especiales de Decisión para conocer, entre otros, los recursos extraordinarios de súplica asignados a las Salas Especiales Transitorias de Decisión, creadas por el artículo 3 de la Ley 954.

Igualmente, en el párrafo transitorio del mencionado artículo 2, se determinó que los asuntos asignados a las Salas Especiales de Decisión que a la fecha de entrada en vigencia del acuerdo se encontraran pendientes de decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o de las Salas Especiales Transitorias, pasarían al conocimiento de la Sala Especial de Decisión a la que pertenezca el ponente.

En ese orden de ideas, como en el vocativo de la referencia, el proyecto de fallo se encontraba registrado ante la Sala Especial Transitoria 2 D, desde el 7 de julio de 2014, sin que para el 2 de diciembre de ese mismo año, cuando entró a regir el mencionado acuerdo, se hubiese adoptado decisión de fondo, le compete a la Sala Especial de Decisión 22 dictar el fallo en el presente asunto, en cumplimiento del Acuerdo 321 de 2014.

Es de advertir que, para resolver esta clase de recursos comoquiera que fueron interpuestos antes de la vigencia de la Ley 1437, en los términos del párrafo segundo del Acuerdo 321 de 2014 se debe excluir, *“al integrante de la Sección que profirió la sentencia impugnada”*.

En consecuencia, dado que esta Sala Especial de Decisión está conformada por un miembro de cada sección, el doctor **RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**, como parte de la Sección que adoptó la decisión objeto del recurso extraordinario de súplica, no participará en la conformación de la Sala.

2. Evolución normativa y desaparición del recurso extraordinario de súplica

La Ley 11 de 1975, *“por la cual se aclaran y adicionan los artículos 22 y 24 del decreto-ley 528 de 1964 y el artículo 4 de la ley 50 de 1967 y se modifica el 25 de la ley 167 de 1941, sobre funcionamiento del Consejo de Estado”* creó en el artículo 2º el *“recurso de súplica”*, contra los autos interlocutorios o las sentencias de las secciones de esta Corporación que acogieran *“doctrina contraria a alguna jurisprudencia”* y le atribuyó la competencia a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Dicha norma -que en su momento se integró al Código Contencioso Administrativo en el artículo 130- fue subrogada por el artículo 21 del Decreto Ley 2304 de 1989, para establecer que los consejeros de la Sección que profirió el fallo suplicado no podían participar en la decisión que definiera el recurso de súplica.

Posteriormente, la Ley 446, artículo 57, modificó sustancialmente el recurso en cita, para darle el carácter de recurso extraordinario, el cual quedó regulado en el artículo 194 del Código Contencioso Administrativo. Así concebido, este procedía contra las sentencias ejecutoriadas de las secciones y subsecciones del Consejo de Estado por la causal única de violación directa de normas sustanciales, por cualquiera de tres modalidades de violación, a saber, i) aplicación indebida, ii) falta de aplicación o iii) interpretación errónea. La competencia para su conocimiento se asignó a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

El artículo 194 del Código Contencioso Administrativo fue derogado por el artículo 2º de la Ley 954 y, en consecuencia, el recurso extraordinario de súplica desapareció del ordenamiento jurídico colombiano.

No obstante, los recursos presentados con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de esa ley debían ser resueltos y, en consecuencia, en la misma Ley 954 se crearon las Salas Especiales Transitorias en el Consejo de Estado, cuya

conformación fue desarrollada por el Acuerdo 036 de 14 de junio de 2005 de la Sala Plena de esta Corporación.

Finalmente, la Ley 1395 reiteró la competencia de las Salas Especiales Transitorias de Decisión para conocer y decidir los recursos extraordinarios de súplica que no habían sido fallados, como sucede en el caso de la referencia, competencia que se modificó por el Acuerdo 321 de 2014, según lo que se explicó en el acápite de competencia.

3. Generalidades del recurso extraordinario de súplica

El artículo 194 del Código Contencioso Administrativo que regía para la época en que fue interpuesto el recurso de la referencia, establecía las condiciones de procedencia, los requisitos, caducidad y el trámite de este medio de impugnación de sentencias.

La única causal prevista era la violación directa de normas sustanciales, entendiendo que estas eran las *“que, en razón de una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal situación.”*⁴

En consecuencia, este recurso no procedía por violación indirecta de normas sustanciales ni por violación de normas procesales. Así lo explicó una de las Salas Especiales Transitorias, al precisar que la violación directa podía presentarse en tres modalidades: i) aplicación indebida, ii) falta de aplicación e iii) interpretación errónea, eventos estos explicados de la siguiente forma:

*“La falta de aplicación se presenta cuando el fallador omite aplicar la norma que correspondía. Por su lado, la aplicación indebida se configura cuando el juez aplica normas que no eran las pertinentes al caso objeto de decisión. Y, por último, la interpretación errónea se da cuando el juez elige acertadamente la norma pero le atribuye un significado que no es correcto.”*⁵

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de octubre 24 de 1975, Actor: Tito Heraldo Bernal, Gaceta Judicial, T. CLI, p. 254.

⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 29 de septiembre de 2009, Rad. 2003-00442(S)JJ.

A partir de la única causal en que este se podía fundar, la jurisprudencia fue clara en señalar que el recurso extraordinario de súplica no era un medio judicial para replantear o volver sobre la discusión de fondo, es decir, no era una instancia adicional o una tercera instancia. Por tanto, las controversias sobre aspectos fácticos o la valoración de los medios de prueba, no podían ser el fundamento o sustento de este recurso excepcional.

“el recurso extraordinario de súplica no constituye una nueva instancia a través de la cual sea posible una revisión de los aspectos fácticos y cuestiones jurídicas planteadas en la demanda. (...)”

Así mismo, no es posible discutir, ni siquiera de forma limitada, el análisis probatorio efectuado por el juzgador.”⁶

Sobre el particular, resulta igualmente oportuno el siguiente precedente:

“sea el concepto de infracción que se invoque en la violación por vía directa, no está permitido al recurrente descender en la sustentación a planteamientos fácticos o probatorios, o a aquéllos relacionados con la interpretación que el sentenciador dio a la demanda o a su contestación, pues estos aspectos son propios de la censura por vía indirecta y esta forma de infracción no está prevista como motivo de violación que pueda invocarse para atacar un fallo por la vía del recurso extraordinario de súplica, que como se sabe, sólo puede serlo por vía directa.”⁷

Del mismo modo, como el artículo 194 del CCA exigía la indicación precisa de las normas sustanciales infringidas y los motivos de la infracción, este recurso no admitía *“acusaciones de carácter general al contenido del proceso, ni la invocación general de leyes o estatutos para formular los cargos”* y era *“necesario también que entre la infracción de la norma sustancial invocada y los presuntos errores del fallo impugnado, exist[iera] afinidad de materia.”⁸*

4. Fundamento del recurso de súplica en el caso concreto

⁶ Consejo de Estado, Sala Especial Transitoria de Decisión 2A, sentencia de 7 de marzo de 2006, Rad. 2002-00391.

⁷ Consejo de Estado, Sala Especial Transitoria de Decisión 3D, sentencia de 4 de octubre de 2005, Rad. 1999-00156.

⁸ Consejo de Estado, Sala Especial Transitoria de Decisión 1B, sentencia de 4 de octubre de 2006, Rad. 2004-01273.

4.1. El Ministerio Público presentó el recurso de extraordinario de súplica contra el fallo de 29 de mayo de 2003, proferido por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B" que confirmó la sentencia de 8 de febrero de 2002 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que declaró la nulidad parcial de las Resoluciones 00791 de 5 de febrero de 1998; 004272 de 15 de marzo de 1999 y 000221 de 26 de agosto de 1999, expedidas por el Instituto de Seguros Sociales, por medio de las cuales le reconoció la pensión mensual vitalicia de jubilación a Tomás Javier Díaz Bueno en un monto menor al que el actor consideraba tenía derecho, porque la entidad de seguridad social no tuvo en cuenta que su pensión debía ser liquidada en la forma y con los factores reconocidos a los congresistas.

En concepto de la agente del Ministerio Público, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", al revocar parcialmente las Resoluciones proferidas por el Instituto de Seguros Sociales, incurrió en la causal de violación de la norma sustancial por:

- i) **Falta de aplicación** de los artículos 1 y 4 del Decreto 1359 de 1993 y 1, 2 y 3 del Decreto Reglamentario 691 de 1994; e,
- ii) **Indebida aplicación** de los artículos 17 de la Ley 4ª de 1992; 5, 6, 7 y 8 del Decreto 1359 de 1993 y 17 de la Ley 4ª de 1992 y 28 del Decreto 104 de 1994.

El fundamento del recurso extraordinario está en que el régimen pensional especial creado por el Decreto 1359 de 1993 se aplicaba a quienes en vigencia de la Ley 4ª: i) tuvieran la calidad de congresista y ii) estuvieran afiliados al Fondo de Previsión del Congreso, decreto que se aplicó hasta el 1 de abril de 1994 por disposición del Decreto 691 de 1994, que señaló que los congresistas y funcionarios de la rama judicial quedaban incorporados al régimen de la Ley 100.

Por tanto, la sentencia objeto de súplica le reconoció equivocadamente al demandante el régimen especial de congresista, cuando no tenía derecho a los beneficios de este, toda vez que ingresó a la rama judicial al cargo de Consejero de Estado **el 1º de junio de 1996**, fecha para la cual los funcionarios de este poder público hacían parte del sistema general de pensiones de la Ley 100 y no tenían una regulación especial en materia pensional.

Para la Agente del Ministerio Público, el doctor Díaz Bueno no tenía derecho al régimen especial de pensiones previsto en el Decreto 1359 de 1993 y, por tanto, no podía ser beneficiario del régimen de transición del Decreto 1293 de 1994.

Señaló que los artículos 1º, 2º, 3º y 4º del Decreto 1293 de 1994; el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100; los artículos 1º, 4º, 5º, 6º, 7º y 8º del Decreto 1359 de 1993; el 17 de la Ley 4º; el 28 del Decreto 104 de 1994 fueron aplicados indebidamente y se dejaron de aplicar los artículos 1, 2 y 3 del Decreto 691 de 1994.

Explicó que las normas de transición buscaban conservar en el tiempo los beneficios de un régimen que cobijaba a un grupo ante un cambio de legislación, pero no para crear un régimen especial.

Por tanto, como el actor no estaba cubierto por el régimen de los congresistas que estuvo vigente hasta el 1º de abril de 1994, no podía tener derecho a que su pensión fuera reconocida en los términos en que lo ordenó el fallo recurrido.

4.2. El argumento central del recurso está en que la sentencia recurrida desconoció que el régimen pensional especial creado para los congresistas por la Ley 4ª y cuya extensión ordenó el Gobierno Nacional a los magistrados de las Altas Cortes en el Decreto 104 de 1994, artículo 28, solo era aplicable para aquellos funcionarios de la rama judicial y del legislativo que tuvieran la calidad de magistrados y congresistas para el 1º de abril de 1994, es decir, para quienes a la entrada en vigencia de la Ley 100 ostentaran dichas dignidades y no para los que la adquirieran con posterioridad.

En consecuencia, una vez los congresistas y funcionarios de la rama judicial fueron incorporados al régimen general de la Ley 100, mediante el Decreto 691 de 1994, el régimen de transición que creó el Decreto 1293 de 1994, lo fue únicamente para aquellos funcionarios que estaban vinculados al Congreso o a la rama judicial en ese momento y no para aquellos que se ingresaron con posterioridad.

En ese orden de ideas, **corresponde a la Sala Especial resolver el recurso extraordinario interpuesto**, para lo cual revisará el régimen pensional de los

magistrados de las Altas Cortes y sus requisitos, **con el fin de abordar el caso concreto.**

4.3. Régimen pensional de los funcionarios judiciales, énfasis en los magistrados de las Altas Corporaciones

4.3.1. Constitución de 1886

Antes de la vigencia de la Constitución de 1991, los funcionarios y empleados de la rama judicial tenían un régimen especial en materia pensional contenido en el Decreto-Ley 546 de 1971, en especial por los artículos 6 y 8 según los cuales:

*“ Los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, **anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto**, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o en ambas actividades, **a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas**” (negrilla fuera de texto)*

Por su parte, el texto del artículo 8 era del siguiente tenor:

*“Los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público que deban separarse de su cargo por cumplimiento de la edad de retiro forzoso, tendrán derecho al producirse su retiro, **a una pensión vitalicia de jubilación que se les liquidará o reliquidará con el 75% de la mayor asignación devengada en el último año de servicio y sin límite de cuantía**, siempre que el beneficiario hubiere servido durante 20 años, continuos o discontinuos, en el servicio oficial, de los cuales los últimos 3 por lo menos, lo hayan sido en la rama jurisdiccional o en el Ministerio Público.” (negrilla fuera de texto)*

El tema prestacional, en vigencia de esta Carta, podía ser objeto de precisas facultades extraordinarias, hecho que hacía que el Presidente de la República fuera el que generalmente hiciera su regulación, como lo hizo expresamente para la rama judicial.

4.3.2. Constitución de 1991

La entrada en vigencia de la Constitución de 1991, en relación con el régimen laboral y pensional de los empleados públicos, incluidos el poder legislativo y la Fuerza Pública, implicó que solo el Congreso de la República podía determinar su regulación mediante una ley marco o cuadro, en los precisos términos del artículo 150, numeral 19.

Por tanto, esa facultad fue ejercida por el Congreso de la República en la Ley 4ª, en la que se fijaron los objetivos y criterios que debería tener en cuenta el Gobierno Nacional para establecer el régimen salarial, entre otros, de los funcionarios y empleados de la rama judicial.

En dicha normativa, específicamente en el artículo 17, se indicó que el Gobierno Nacional fijaría un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones para los congresistas que no podría ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el **último año** y **por todo concepto** estos llegaren a percibir⁹.

Esos factores estaban expresamente determinados en mismo artículo 17 de la Ley 4ª, así:

“El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores.

Aquellas y estas 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” (Los apartes*

⁹ Este régimen pensional especial fue declarado exequible en forma condicionada por la Corte Constitucional en la sentencia C-608 de 1999. En dicho fallo se indicó que mientras no se consagren disposiciones desproporcionadas o contrarias a la razón, el legislador podía prever regímenes especiales en materia de salarios y prestaciones. El fundamento de la declaración de exequibilidad condicionada, estuvo en que el régimen especial para los Congresistas se justificaba por la función, por su dedicación exclusiva, la alta responsabilidad y el estricto régimen de incompatibilidades. El condicionamiento estuvo en señalar que no todos los factores que devenga un Congresista podía ser tomados para liquidar la pensión, pues solo deberían cuantificarse aquellos que retribuyeran directamente la labor congresional. Sin embargo, es importante precisar que la Corte Constitucional volvió a examinar este precepto y en sentencia C-258 de 2013 declaró inexecutable las expresiones el “último año”, “por todo concepto” y “salario mínimo” contenidos en el mencionado precepto.

subrayados fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013)

Así mismo, el Gobierno Nacional, en el artículo 28 del Decreto 104 de enero 13 de 1994 equiparó el régimen pensional de los magistrados de las Altas Cortes al de los congresistas, al indicar que:

*“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 ese orden de ideas se entendió que los magistrados de las denominadas Altas Corporaciones para enero de 1994, cuando entró en vigencia el Decreto 104, podían estar amparados por el régimen del Decreto Ley 546 de 1971 o el del artículo 17 de la Ley 4ª, según las condiciones de cada caso.

4.3.3. Diferencias entre el régimen de la rama judicial y el de los Congresistas

En el régimen especial de la rama judicial se requería haber laborado **20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia del Decreto ley 546 de 1971, de los cuales por lo menos 10 han debido serlo exclusivamente en la Rama Jurisdiccional o el Ministerio Público, o en ambas actividades.**

Igualmente, era posible acceder a este régimen cuando se demostrase haber laborado 20 años, continuos o discontinuos, **en el servicio oficial**, de los cuales los últimos 3 por lo menos, lo fueran *en la rama jurisdiccional o en el Ministerio Público*, este evento operaba cuando el servidor había dejado su cargo por llegar a la edad de retiro forzoso, es decir, los 65 años.

Por tanto, para ser favorecido con esta normativa, se imponía necesariamente haber estado vinculado en la rama judicial o el Ministerio Público, en el primer evento, por lo menos 10 años, hecho que daba derecho a ser pensionado si se era mujer con 50 años y los hombres con 55 años. En el segundo, demostrar 20 años

de servicio en el sector oficial, de los cuales por lo menos los últimos tres en la rama judicial o el Ministerio Público, en este caso, el requisito de la edad estaba superado, pues el funcionario ha debido dejar el cargo por haber llegado a la edad de retiro forzoso, 65 años.

La cuantía de la pensión, en los dos supuestos analizados, era igual al **75% de la mayor asignación** devengada **en el último año de servicio y sin límite de cuantía**.

En otros términos, frente al régimen general, los titulares del sistema especial pensional de la rama judicial, tenían unas ventajas representadas en la edad para la jubilación, pues por disposición de la Ley 33 de 1985, esta se fijó para hombres y mujeres en los 55 años, mientras que en el especial, aquella era a los 50 años para las mujeres, hecho que hacía este régimen más favorable para estas.

En cuanto a la cuantía de la asignación, la diferencia consistía en que en el régimen general se determinaba con el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio¹⁰, en tanto que para el de la rama, dependía de la asignación más alta en el último año de servicio, sin límite de cuantía. Es decir, en este último, el monto de la pensión era mayor, pues esta **no dependía del salario base de cotización** sino de todos los factores considerados como factor salarial y sin límite de cuantía.

En cuanto al régimen de los congresistas -Ley 4ª, artículo 17-, aplicable únicamente a los magistrados de las Altas Cortes, estos podían optar por una pensión con **factores salariales y cuantías iguales a la de los Senadores de la República y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas legales vigentes**.

Se entendió, entonces, que los magistrados de las Altas Cortes podían seleccionar entre uno de los dos regímenes expuestos, el del Decreto-Ley 576 si cumplían los requisitos para el efecto, que suponían, como ya se explicó, una vinculación amplia con la rama o el Ministerio Público, o el del artículo 17 de la Ley 4ª.

¹⁰ **Artículo 1º.-** El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (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.

Este último para efectos de pensión exigía como reiteradamente lo expuso la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo, la edad de **50 años** para hombres y mujeres, es decir, más favorable que el de la rama frente a los hombres, y una cuantía del **75 % del ingreso mensual promedio que durante el último año, y por todo concepto, percibiera el congresista**¹¹.

En la rama judicial, vale recordar, la cuantía de la pensión dependía del salario más alto en el último año de servicio, aspecto que lo hacía más beneficioso frente a otros sistemas pensionales.

En conclusión, los magistrados de la Altas Cortes podían ser titulares de uno de los dos regímenes pensionales expuestos.

La pregunta que surge en este punto, es ¿cuál fue la vigencia de los regímenes expuestos?

Este interrogante se responde con sencillez, pues con la entrada en vigencia de la Ley 100, el legislador ordenó la incorporación de todos los servidores públicos al régimen general de pensiones como se explicará a continuación. Incorporación que generó otras preguntas tales como i) ¿Quiénes eran los titulares del régimen especial de la Ley 4ª y del Decreto Ley 576 de 1971? y ii) ¿Cómo se aplicaba el régimen de transición que la misma Ley 100 determinó?

Para efectos de la decisión que debe adoptar la Sala, el análisis de la entrada en vigencia de la Ley 100, se centrará en el régimen de la Ley 4ª, tangencialmente se hará referencia al del Decreto-Ley 576 de 1971, cuando ello resulte pertinente, pues, como se advierte de los hechos que originaron este recurso, el demandante no podía ser titular del sistema pensional consagrado en este decreto, por cuanto a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y del Decreto 624 de 1994 que incorporó a los funcionarios y empleados de la rama judicial al sistema general de pensiones, este no estaba cobijado por dicho sistema en tanto no había estado vinculado a la rama judicial ni al Ministerio Público, en los lapsos que la normativa especial lo exigía.

¹¹ La Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013, declaró la inexecutable de las expresiones último año y por todo concepto. No obstante, es necesario recordar que con anterioridad a esta decisión había declarado la executable del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, y, en múltiples fallos de tutela había amparado las condiciones para el otorgamiento de estas para los magistrados de las Altas Corporaciones y congresistas, ver, entre otras, la T-214 de 1999.

4.4. Entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y la discusión sobre a qué magistrados se les aplicaba el régimen de la Ley 4ª.

En el año 1993 el Legislador decidió expedir la Ley 100 por la cual se reguló el Sistema General de Seguridad Social, guiado en la idea, entre otras, de unificar en una misma normativa el régimen pensional y de salud de todos los colombianos, creando unas nuevas condiciones y formas para la adquisición del derecho pensional, bajo los principios de universalidad, solidaridad e integralidad, que necesariamente implicaba la eliminación de la mayoría de regímenes especiales¹².

La modificación que se introdujo al sistema, impuso la necesidad de i) crear un régimen de transición para aquellas personas que por su edad o tiempo de servicios podían optar por adquirir su derecho pensional bajo las condiciones que regían con anterioridad a la Ley 100 de 1993, artículo 36¹³; ii) incorporar al nuevo sistema a todos los servidores públicos, incluidos los Congresistas y los funcionarios y empleados de la rama judicial, respetando sí, los derechos adquiridos de estos, artículo 273¹⁴ y iii) exceptuar a un grupo de servidores y trabajadores frente a la aplicación de la Ley 100, artículo 279¹⁵.

La Ley 100, en ese sentido, autorizó al Gobierno Nacional para incorporar al nuevo sistema de seguridad social a los funcionarios y empleados de la rama

¹² Se afirma que fue de la mayoría de regímenes especiales, dado que el legislador tuvo buen cuidado de no tocar el que de los docentes, la Fuerza Pública y Ecopetrol, entre otros.

¹³ La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

¹⁴ El Gobierno Nacional, sujetándose a los objetivos, criterios y contenido 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, aun a los congresistas, al sistema general de pensiones y al sistema general de seguridad social en salud. La seguridad social procurará ser universal para toda la población colombiana.

¹⁵ El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas. Así mismo, se exceptúa a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. Se exceptúan también, los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato. Igualmente, el presente régimen de seguridad social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de seguridad social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol.

judicial y del Congreso de la República –*que para el caso en estudio son los que nos interesan*-, servidores que por disposición del artículo 36 de la misma ley podían optar por el régimen pensional al que estaban vinculados, siempre y cuando a la entrada en vigencia de la ley en mención, **abril 1 de 1994**, cumplieran los requisitos estipulados en ella, es decir, hombres 40 años, mujeres 35 años o 15 años o más de servicios.

El Gobierno Nacional, siguiendo los lineamientos y criterios fijados en las leyes 4ª y 100, en relación con los Congresistas, expidió el Decreto 1359 de 1993, para determinar el régimen pensional aplicable a estos.

El mencionado decreto, en el artículo 4, señaló que para que un congresista pudiera acceder a la aplicación del régimen especial, se entiende Ley 4ª de 1992, debía cumplir con los requisitos de: **i)** Encontrarse afiliado a la Entidad Pensional del Congreso y estar efectuando cumplidamente las cotizaciones o aportes respectivos a la misma y **ii)** Haber tomado posesión de su cargo.

En relación con los requisitos para acceder a la pensión y la cuantía de esta, se limitó a transcribir los presupuestos que el legislador fijó en el artículo 17 de la Ley 4.

Frente a los magistrados de las Altas Cortes por expresa disposición del Decreto 104 de 1994, el Gobierno Nacional decidió asimilarlos al régimen pensional de los congresistas en cuanto **a los factores salariales y cuantías para el reconocimiento de las pensiones de aquellos.**

Igualmente, en cumplimiento del artículo 273 de la Ley 100, el Gobierno Nacional, mediante el Decreto 694 de 1994 decidió incorporar a los miembros del Congreso de la República y a los funcionarios y empleados de la rama judicial al nuevo sistema de seguridad social, al disponer expresamente en el artículo 1 que:

"Incorporación de servidores públicos. Incorporase al sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 a los siguientes servidores públicos:

...

b) Los servidores públicos del Congreso de la República, de la rama judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la organización electoral y la Contraloría General de la República.

PARÁGRAFO. —*La incorporación de los servidores públicos de que trata el presente decreto se efectuará sin perjuicio de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 104 de 1994, Decreto 314 de 1994 y Decreto 1359 de 1993 y las normas que los modifiquen y adicionen.*” (negrilla fuera de texto).

Como consecuencia de esa incorporación al nuevo régimen de seguridad social, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1293 de 1994, que en su artículo 1º expresamente señaló que el Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 se aplicaría a los Senadores, Representantes y empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión Social del Congreso, **con excepción de los cubiertos por el régimen de transición previsto en ese decreto.**

Es decir, la incorporación de los mencionados funcionarios al nuevo régimen, obligó al Gobierno Nacional a establecer **un régimen de transición**, en la medida en que el sistema de seguridad social de la Ley 100 fijaba condiciones diversas, más rigurosas, en términos generales, para obtener el derecho pensional.

Ese régimen de transición en los términos del artículo 2 del Decreto 1293 reprodujo los requisitos y condiciones del artículo 36 de la Ley 100, para indicar expresamente que:

“Los senadores, los representantes, los empleados del Congreso de la República y los 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 1º de abril de 1994 hayan cumplido alguno de los siguientes requisitos:

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

b. Haber cotizado o prestado servicios durante quince (15) años o más” (negrilla fuera de texto).

Igualmente, el artículo 3º del Decreto 1293 de 1994, señaló:

“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 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”.¹⁶ (Negrilla fuera de texto).

Estas disposiciones generaron diferentes interpretaciones en relación con las personas beneficiadas con el llamado régimen de transición para los congresistas, puesto que la normativa de transición tenía por finalidad que quienes cumplieran las condiciones fijadas en él, accedieran al **derecho pensional** bajo el régimen **que los regía** antes de la entrada en vigencia de la Ley 100, en la medida en que este podía resultarles más favorable frente al nuevo sistema de seguridad social.

Así, frente al tema de las normas que fueron expedidas para regular la incorporación de los funcionarios y empleados de la rama judicial al sistema general de pensiones de la Ley 100, se suscitó una discusión específicamente frente a qué magistrados de las Altas Cortes quedaron cobijados por el régimen transición, pues algunos, especialmente las entidades encargadas de reconocer las pensiones, consideraron que el régimen especial de la Ley 4ª solo era susceptible de ser alegado por los congresistas y magistrados que estuvieran ejerciendo **el cargo al 1 de abril de 1994**, cuando entró en vigencia la Ley 100 que decidió vincularlos al Sistema General de Pensiones.

¹⁶ El Consejo de Estado. Sección Segunda, en sentencia de 3 de mayo de 2002. Exp. 1276-01. Consejero Ponente, doctor Alberto Arango Mantilla. Demandante: Oscar Emilio Vinasco Vinasco contra el Fondo de Previsión Social del Congreso, inaplicó por inconstitucionalidad e ilegalidad el mencionado párrafo, por considerar entre otras razones que el régimen especial para congresistas “no podía proteger expectativas de quienes no se encontraban en servicio activo y, como se dijo en el párrafo del artículo 2° del decreto 1293 de 1994, no fueran elegidos para legislaturas posteriores. **El régimen de transición era aplicable para el excongresista cuando, estando fuera del Congreso se posesionaba nuevamente como congresista con posterioridad al 19 de diciembre de 1992 y, además, al 1° de abril de 1994 se encontraba en una de las condiciones previstas por el régimen de transición. Solo en tales condiciones podía preservar su expectativa de acceder a un régimen diferente del previsto en la ley 100 de 1993. A partir del 1° de abril de 1994 a los servidores públicos del Congreso, incluidos los Congresistas, se aplica el decreto 691 de 1994 expedido en desarrollo de la ley 100 de 1993.**” (negrilla fuera de texto). Estas consideraciones fueron recogidas posteriormente por la Sección Segunda, en sentencia de 27 de octubre de 2005. Expediente 11001-03-25-000-2003-00423-01(5677-03). Actor: JORGE MANUEL ORTIZ GUEVARA, en la que con ponencia de la doctora Ana Margarita Olaya Forero, declaró la nulidad del párrafo del artículo 2 del Decreto 1293 de 1994.

Sobre este punto, en la sentencia C-596 de 1997, la Corte Constitucional señaló que el régimen de transición de la Ley 100 exigía necesariamente la vinculación a algún sistema pensional para ser beneficiario de sus componentes. Sobre el particular se indicó:

*“ por elementales razones de lógica jurídica, **era necesario establecer el condicionamiento de estar afiliado a algún régimen pensional para efectos de ser acreedor al beneficio derivado del régimen de transición**, consistente en poder pensionarse de conformidad con los requisitos y condiciones previstos para el régimen anterior.”* (Negrilla fuera de texto)

No obstante que el mencionado fallo se refirió a estar afiliado a un régimen pensional, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo y posteriormente la constitucional en materia de tutela, entendió que esa condición implicaba **exigir una vinculación laboral** para el 1 de abril de 1994, asunto que era contrario a las normas de transición, razón por la que se afirmó **que no se requería tener vinculación laboral** para ser beneficiario del régimen de transición.

Es así como la Sección Segunda, en sentencia de 2000¹⁷, señaló que:

*“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, El ‘régimen anterior al cual se encuentren afiliados’ hace referencia a servicios prestados o cotizados antes de la entrada en vigencia del régimen establecido en la Ley 100 de 1993, **no al vínculo laboral vigente en ese momento**”* (negrilla fuera de texto).

En el mismo sentido, en sentencia de unificación SU-1354 de 2000¹⁸, proferida unos días después de la que fue transcrita y que resolvió la acción de tutela interpuesta precisamente por el doctor Díaz Bueno, demandante en el proceso

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Sentencia de 31 de agosto de 2000. Expediente No. 16.717 C. P. Alejandro Ordoñez Maldonado.

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia de octubre 4 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell. En este fallo se ordenó como mecanismo transitorio al Instituto de Seguros Sociales dictar una resolución para reconocer la pensión con fundamento en el régimen especial de los congresistas.

que originó el recurso de súplica de la referencia, reiteró la idea según la cual no se podía exigir vinculación laboral para el 1º de abril de 1994, en el caso específico de los magistrados de las Altas Cortes.

Para el efecto, se refirió expresamente al artículo 28 Decreto 43 de 1999¹⁹ y pese a que advirtió que no se pronunciaría sobre si este se ajustaba o no al bloque de legalidad, afirmó que *“introdujo una modificación sustancial al régimen pensional de los magistrados de las altas cortes, por la circunstancia de que para obtener la pensión [exigió que debían] haber estado desempeñado 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”*

En el año 2002, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo²⁰, se pronunció específicamente frente al Decreto 43 de 1999 e indicó que en el caso de los magistrados de las Altas Cortes para ser beneficiario del régimen de transición no se requería tener una vinculación laboral para el **1 de abril de 1994**, sino estar en alguna de las condiciones indicadas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, edad o tiempo de servicios, eventos en los cuales aquellos podían optar por exigir el reconocimiento de la pensión con fundamento en las normas que regían con anterioridad a la Ley 100.

Es decir, se entendió que para el **1 de abril de 1994** se requería cumplir alguna de las condiciones del sistema de transición sin necesidad de tener una relación laboral vigente, específicamente, como magistrado de una Alta Corporación.

Por tanto, se consideró que el Decreto 043 de 1999, artículo 25, que exigía a los magistrados de las Altas Cortes estar en ejercicio del cargo al 1 de abril de 1994 para acceder al régimen pensional de los congresistas **era nulo** y así se declaró en el mencionado fallo.

Se dijo en la citada providencia:

¹⁹ 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 parágrafo del artículo 3º del Decreto 1293 de 1994.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Conjuez ponente: PEDRO CHARRIA ANGULO. Sentencia de dieciocho (18) de noviembre de dos mil dos (2002). Radicación número: IJ-008. Actor: Luis Fernando Velandia.

*“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.**”(negrilla fuera de texto).*

Esta posición fue reiterada por la Corte Constitucional en las sentencias T-483 de 2009 y T-771 de 2010.

Es decir, se entendió jurisprudencialmente que los magistrados de las Altas Cortes para tener derecho al régimen especial de los Congresistas, previsto en la Ley 4ª y el Decreto 1359 de 1993 no requerían haber estado ejerciendo el cargo para el 1 de abril de 1994.

Según esa interpretación jurisprudencial, podían optar por la pensión especial **todos** los magistrados de las Altas Cortes que ingresaron con posterioridad al 1 de abril de 1994 siempre que demostraran que para esa fecha tenían la edad - **hombres 40 años y mujeres 35 años**- o el tiempo de servicio -15 años-, requisitos estos que reguló el artículo 36 de la Ley 100 y que, según se entendió, reprodujo el Decreto 1295 de 1994.

Bajo estas condiciones, se podría concluir, en principio, que el recurso de súplica de la referencia carecería de fundamento, en la medida en que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, señalaron claramente que para acceder al régimen especial de los Congresistas no se requería vinculación al 1 de abril de 1994, como lo indica el recurso extraordinario de súplica.

Estas decisiones, sin embargo, no repararon en una circunstancia: **que el régimen de transición exigía necesariamente que quien quisiera acogerse a**

él debía estar o ser titular de un determinado régimen pensional, a efectos de que los cambios legislativos no le fueran oponibles.

Es decir, necesariamente se requería estar vinculado al régimen pensional del que se pretendía el beneficio para no ser regido por el nuevo sistema pensional.

Por tanto, en el caso de los magistrados de las Altas Cortes, para que estos fueran beneficiarios del régimen especial de los congresistas, necesariamente debían estar cobijados por aquel y para ello, obligatoriamente requerían estar en ejercicio de un cargo de esta naturaleza para el 1 de abril de 1994 y por demás, cumplir los requisitos fijados para el régimen de transición, es decir, edad o tiempo de servicios.

En estos casos, **no es que fuera obligatorio tener una vinculación laboral como lo indicó la jurisprudencia de esta Corporación, sino ser titular del régimen especial**, hecho que solo podía ocurrir si para el 1º de abril de 1994 o antes se ejercía o ejerció, el cargo de magistrado de una Alta Corporación, por cuanto con posterioridad a esa fecha, los funcionarios de la rama judicial y del Congreso de la República fueron incorporados al sistema general de pensiones y, en consecuencia, quienes ingresaron a estas corporaciones con posterioridad a esa fecha no podían ser beneficiarios de un régimen que fue expresamente derogado.

Condición esta que se desprendía de las normas que crearon el régimen especial y las de transición para los congresistas, es decir, los Decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994, respectivamente.

En efecto, el Decreto 1359 de 1993 que desarrolló el régimen especial para congresistas, en el artículo 4 al referirse a los requisitos para ser beneficiario del régimen especial exigía expresamente a los Senadores y Representantes **hubiesen tomado posesión** del cargo, norma que no ha sido expulsada del ordenamiento.

Posteriormente, cuando por el Decreto 624 de 1994 se decide incorporar a los funcionarios del Congreso y de la rama judicial al sistema general de pensiones, las normas que definieron el régimen de transición se refirieron a los congresistas,

entendiendo que eran aquellos que tenían esa calidad al 1 de abril de 1994²¹, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 en la que se decide que aquellos se podían incorporar al régimen general de pensiones, opción que el Presidente de la República concretó con la expedición del Decreto 624.

Igualmente, el párrafo del artículo 3 del Decreto 1293 de 1994, régimen de transición, al indicar que aquel también sería aplicable a los **“... senadores y representantes que durante la legislatura que termina el 20 de junio de 1994 tuvieren una situación jurídica consolidada al cumplir antes de dicha fecha, -entiéndase 1 de abril de 1994- 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.”**

Es decir, se requería estar ejerciendo el cargo de Senador o Representantes a la Cámara para el 1 de abril de 1994. Conclusión que se reitera en el artículo 4 cuarto del mismo Decreto 1293 al indicar que los beneficios del régimen de transición se perderán *“cuando los senadores, representantes, empleados del Congreso o del Fondo de Previsión Social del Congreso, se desvinculen definitivamente del Congreso o del Fondo, sin reunir el tiempo de servicios requerido para tener derecho a la pensión de vejez, conforme a las disposiciones que se venían aplicando.”*

En otros términos, la condición para ser titular del régimen especial de la Ley 4ª, artículo 17, necesariamente era la vinculación a la entidad para el 1 de abril de 1994, porque solo así se podía predicar que se era titular de un régimen especial y cumplir los requisitos de la transición para que derogado aquel, se pudiera predicar el derecho obtener la pensión bajo sus lineamientos.

Lo anterior se deduce de lo que debe entenderse por un régimen de transición, pues es importante advertirlo, este se ha determinado como una forma de proteger

²¹ **Artículo 2º.** Régimen de transición de los senadores, representantes, empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión Social del Congreso.

Los senadores, los representantes, los empleados del Congreso de la República y los 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 1º de abril de 1994 hayan cumplido alguno de los siguientes requisitos:

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

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

Parágrafo. El régimen de transición de que trata el presente artículo se aplicará también para aquellas personas que hubieran sido senadores o representantes con anterioridad al 1º de abril de 1994, sean o no elegidos para legislaturas posteriores, siempre y cuando cumplan a esa fecha con los requisitos de que tratan los literales a) o b) de este artículo, salvo que a la fecha señalada tuvieren un régimen aplicable diferente, en cuyo caso este último será el que conservarán.

las expectativas de un grupo de personas de poder pensionarse bajo las condiciones **del sistema que lo cobijaba al momento del cambio de legislación.**

Es decir, pese a no tener un derecho adquirido, la modificación de condiciones legales para obtener el derecho pensional generaba una carga que las personas en ciertas condiciones no estaban obligadas a soportar, en la medida en que tenían **una expectativa de adquirir** su pensión con los requisitos que venían gobernando el tema, hecho que obligaba al legislador a intervenir para no modificar esas condiciones, creando lo que se denominó “*régimen de transición*” para proteger unas “*expectativas legítimas*” para que quienes estuvieran en él, fueran amparados por la normativa que regía antes de la reforma, convirtiéndose así, en un verdadero derecho²².

Entiéndase, el derecho al régimen o sistema de transición y no a la prestación, pues esta no se había consolidado.

“(...) si bien frente a un tránsito legislativo y al régimen de transición respectivo el derecho a la pensión no es un derecho constitucional adquirido, sino una expectativa legítima, sí existe un derecho al régimen de transición de las personas cobijadas por el mismo²³.

En ese sentido, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, en desarrollo de la teoría expuesta por el Tribunal Constitucional, entendió por lo menos desde el año 2010²⁴ que los sistemas de transición, en términos generales, se constituyen en un mecanismo de protección para que los cambios producto de un tránsito legislativo **no afecten a quienes si bien no habían consolidado un derecho, si se encontraban próximos a su obtención**, razón por la que el cambio legislativo los afectaría gravemente -*esto generalmente referido a la pensión*-.

Por tanto, se indicó que el legislador, actuando bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, debía establecer los requisitos que debían cumplir las personas que, pese al cambio legislativo, eran titulares de un **derecho, el de mantener las**

²² Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-789 de 2002 y C-754 de 2004. Reiterada en la SU-130 de 2013.

²³ Cfr. Corte Constitucional sentencias C-789 de 2002 “.. los tránsitos legislativos deben ser razonables y proporcionales, y por lo tanto, la ley posterior no podría desconocer la protección que ha otorgado a quienes al momento de entrada en vigencia del sistema de pensiones llevaban más de quince años de trabajo cotizados.”

²⁴ CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de 4 de agosto de 2010. Expediente 25000-23-25-000-2004-06145-01(2533-07). Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Acor. ALCIDES BORBÓN SUESCUN.

condiciones de la norma anterior para lograr la consolidación de su situación²⁵.

En ese orden, se ha dicho que bajo la dimensión de protección del derecho constitucional a la seguridad social, el juez debe dejar de lado la concepción civilista de las meras expectativas y los derechos adquiridos para entender que el derecho pensional exige la creación de regímenes de transición cuando se modifican los requisitos para su adquisición y que hace que las personas puedan tener la seguridad jurídica que las condiciones para su acceso, cuando ya han cumplido ciertas circunstancias, no podrán ser cambiadas por el legislador.

Sobre el particular, la Sección Segunda, en la providencia ya referenciada, afirmó:

*“Así pues, es inocultable que el Legislador encuentra un contexto objetivo en el instante de configurar el régimen de seguridad social, que determina la imposibilidad material para introducir cambios que no sean racionales y proporcionados; en esa dimensión, las Leyes que se ocupan de las pensiones y de la seguridad social, **pierden capacidad reguladora si desconocen la protección que el mismo ordenamiento ha otorgado a quienes al momento de entrar en vigencia la nueva norma cumplían los requisitos para acceder a dicho régimen, pues sin duda, la transición es fruto del derecho de quienes estatuyeron una situación jurídica de acuerdo a los parámetros de la Ley vigente pero que no obstante por diversas razones** (consolidación parcial del estatus, derecho a permanencia en el empleo, pensión de invalidez transitoria, entre otros), no alcanzan al disfrute efectivo del derecho pensional que imponga el retiro de la actividad laboral dentro del marco jurídico estipulado para la jubilación.”²⁶ (negrilla fuera de texto)*

Lo expuesto en precedencia significa que en una interpretación sistemática de la normativa en análisis, era claro que el régimen especial de la Ley 4ª de 1992, en el caso de los magistrados solo podía cobijar a quienes se encontraran en los siguientes casos: i) los vinculados al cargo con anterioridad al 1 de abril de 1994 y ii) los que en ejercicio de su cargo a junio 20 de 1994, cumplieran las condiciones del párrafo, es decir, haber cotizado durante *“veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos en una o diferentes entidades de derecho público o que*

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ *Ibidem.*

los hubieran cumplido y cotizado en parte en el sector privado y ante el Instituto de Seguros Sociales en cualquier modalidad.”, circunstancias que obviamente eran igualmente exigibles a los magistrados de las Altas Cortes, pues, se recuerda, estos fueron equiparados por el Gobierno Nacional a los congresistas.

Igualmente, porque para ser beneficiario de un determinado régimen se requiere estar o ser titular de él. **En efecto, no es posible predicar que se pueda tener derecho a un régimen al cual no se pertenecía y al que no se pudo acceder, porque mientras estuvo vigente, no se cumplieron u observaron las condiciones y requisitos para ello.**

Así, en el caso de los congresistas y magistrados de las Altas Cortes, esa especial condición estaba referida a tener o haber tenido dicha calidad mientras estuvo en vigencia la normativa que fijó unos requerimientos especiales para la pensión, además de la edad o tiempo de servicios exigidos en los preceptos de transición.

En ese orden de ideas, no tenía razón de ser que personas no vinculadas a la rama judicial o al Congreso de la República para la época en que se dictaron las normas que crearon el régimen pensional especial y el de transición, pudieran favorecerse del mismo, pese a no ocupar una de esas posiciones. Régimen que es importante recordarlo, desapareció por disposición específica del Decreto 624 de 1994 y que solo podía entenderse vigente para quienes fueron titulares de él, que no eran otros que quienes desempeñaban el cargo cuando aquel desapareció.

Condición que fue expresamente advertida desde la expedición del Decreto 47 de 1995, en el que se indicó que a los magistrados de las Altas Cortes se les reconocería la pensión teniendo en cuenta factores salariales y cuantías iguales a la de los senadores de la república y representantes a la cámara en los términos establecidos **en las normas legales vigentes.**

Esos preceptos, sin lugar a dudas, hacían referencia al régimen que tuvo vigencia hasta el 1 de abril de 1994 y el llamado régimen de transición.

Ese mismo decreto, en el inciso segundo del artículo 28 advirtió que los magistrados que al 20 de junio de 1994 desempeñaban sus cargos en propiedad en las citadas Corporaciones, podrían optar por pensionarse cuando reunieran los

requisitos de edad y tiempo de servicios señalados para los congresistas. Disposición que se reprodujo anualmente en los decretos que fijaron el régimen salarial y pensional para la rama judicial, hasta que en efecto, en el Decreto 043 de 1999 se precisó que el régimen pensional especial era para los magistrados que desempeñaban sus cargos al 1 de abril de 1994.

Fue precisamente en esa adición en que se basó la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 2002, referenciada en otros apartes de esta providencia, para declarar la nulidad del artículo 25 del Decreto 043 de 1999, al indicar que *"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"*.

Nulidad que, igualmente, fue el fundamento para que en posteriores fallos de la Sección Segunda se admitiese que magistrados de Altas Corporaciones y congresistas nombrados en esos cargos después del primero de abril de 1994 pudieran pensionarse con las condiciones de la normativa pensional especial, bajo el entendido que estaban amparados por el régimen de transición²⁷.

La indebida interpretación de las normas que fijaron el régimen pensional especial y el de transición la reconoció la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013, al señalar que esa exégesis generó una violación del derecho a la igualdad al permitir *"...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, pud[ieran] 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."*

²⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. sentencia de 14 de octubre de 2010. Expediente No. 25000232500020060841301 (N.I.1233-09). C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Subsección A- Expediente No. 25000232500020051034801 (N.I. 0968-2008). Sentencia de 21 de octubre de 2010. Magistrado Ponente: Alfonso Vargas Rincón. Sección Segunda, Subsección "A", sentencia del 3 de febrero del 2011, Rad. 0667-08, entre otras.

Es decir, la Corte Constitucional fue enfática en sentenciar que la interpretación que la jurisprudencia constitucional y contenciosa venía haciendo de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional para regular el régimen de los magistrados de las Altas Cortes y extenderlo a quienes no ejercían el cargo para el 1 de abril de 1994, era contraria a la Constitución, particularmente frente a la igualdad y a los principios en se funda la seguridad social. Sobre el particular señaló:

*"Dado que la regla sobre beneficiarios, específicamente la posibilidad de 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 1º abril de 1994, se favorezcan de él, se desprende del derecho viviente y no tiene respaldo en expresión alguna del precepto acusado, en este caso la Sala considera que la fórmula por medio de la cual se debe retirar del ordenamiento tal contenido normativo, es la adopción de una sentencia interpretativa, esto es, una declaración de exequibilidad condicionada del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 en el entendido que no puede extenderse el régimen pensional allí previsto, **a quienes con anterioridad al 1º de abril de 1994, no se encontraban afiliados al mismo. Como ya la Sala explicó, las personas que no estaban afiliadas al régimen especial bajo estudio el 1º de abril de 1994 –salvo la excepción prevista en el artículo 2 del Decreto 1293 de 1994, es decir, quienes ya habían sido congresistas antes del 1º de abril de 1994- no tenían una expectativa legítima que generara una confianza merecedora de protección desde el punto de vista de la buena fe, y por tanto, no hay una razón que justifique un trato diferenciado preferencial.**" (negrilla fuera de texto)*

Lo expuesto hasta este punto, nos permite avanzar en tres conclusiones: la primera, que la discusión relacionada con la determinación de quiénes eran los beneficiarios del régimen especial para congresistas y magistrados no fue pacífica precisamente a partir de la interpretación de las normas que regulaban el tema, pues la jurisprudencia fue indicando que el régimen de transición no solo podía amparar a quienes hacían parte de un determinado sistema pensional sino a quienes en el futuro pudieran acceder a un cargo de los que, en algún momento, fueron objeto de normas especiales.

La segunda, que la jurisprudencia de los tribunales, tanto en la jurisdicción constitucional como en la contenciosa, coincidió en señalar que los titulares de

cargos en las Altas Cortes podían ser beneficiarios del régimen especial de los congresistas si cumplían los requisitos del régimen de transición, independientemente a si ocuparon esos cargos con anterioridad al 1 de abril de 1994. Es decir, eran beneficiarios del régimen especial solo por cumplir los requisitos del de transición.

La tercera, la Corte Constitucional, en ejercicio de la acción pública de constitucionalidad interpretó la norma que le dio origen al régimen especial, artículo 17 de la Ley 4ª, para indicar dos cosas: **i)** en la sentencia C-608 de 1999 expresamente se reconoció que ese régimen se ajustaba a la Constitución, pero condicionó su aplicación a que se revisaran los factores salariales, puesto que no todos podían ser tenidos en cuenta para liquidar las pensiones y **ii)** en la sentencia C-258 de 2013, que no podían ser beneficiarios de dicho régimen quienes ocuparon los cargos de congresistas y magistrados con posterioridad al 1 de abril de 1994, razón por la que condicionó su aplicación a que dicho régimen solo se tuviera en cuenta para quienes al **1 de abril de 1994** estuviera en ejercicio de un cargo de esa naturaleza y cumplieran las condiciones impuestas en el régimen de transición.

Interpretación esta que de paso sea decirlo ya fue acogida por la Sección Segunda de esta Corporación²⁸ al indicar que:

“... se evidencia una clara vulneración de la ley por su aplicación indebida, cuando el Régimen de Transición Congresional se aplica a quienes ni siquiera tienen expectativa por consolidar, surgida como condición preexistente a la luz del Régimen Especial de los Parlamentarios. En otras palabras, se transgrede el sistema jurídico cuando se pretende, en la búsqueda del privilegio de la normativa especial, extender los beneficios de un régimen particularísimo, no obstante encontrarse la situación claramente regida por la ley general, cuando se ha sido elegido para legislaturas posteriores a aquella, lo que de paso despoja de su efecto útil a la norma que justamente dispuso la incorporación al sistema general de pensiones.

En otros términos, el manejo no riguroso del régimen de transición a la luz de la Constitución vigente, además de la situación de discriminación positiva carente de

²⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Subsección “A”. Expediente No. 25000-23-25-000-2006-08441-01 (1423-2009). Sentencia de 22 de agosto de 2013. Actor: FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA – FONPRECON – C/ HERNANDO SEGURA PERDOMO. Consejero Ponente. Gustavo Gómez Aranguren.

causa, contribuye a desarticular principios constitucionales básicos para la sostenibilidad del sistema financiero de la seguridad social, lo cual a la postre degenera en la ocurrencia de beneficios pensionales de gracia, que a todas luces representan una carga injustificada para todos los ciudadanos que aportan al sistema.”

En consecuencia, a la luz de lo expuesto y en razón a la forma como se han venido interpretando las normas relativas al régimen especial de los congresistas, corresponde a la Sala analizar los fundamentos del recurso que presentó la Agente del Ministerio Público de la época.

Recurso que precisamente tiene sustento en una interpretación errónea que efectuó la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia de 29 de mayo de 2003, al reconocer en favor del doctor Díaz Bueno un régimen especial al que no tenía derecho por no estar en ejercicio del cargo de Consejero de Estado para el **1 de abril de 1994** y, en consecuencia, no estar amparado por el régimen especial que en una época rigió para los magistrados de las Altas Cortes.

4.5. Análisis del caso objeto de súplica

Conforme con lo expuesto en el acápite anterior, **corresponde resolver el recurso extraordinario**, para lo cual es posible avanzar una conclusión, pues resulta evidente que las normas aplicadas por la sentencia suplicada **no** eran las que gobernaban la situación fáctica del doctor Tomás Javier Díaz Bueno y, por ende, ellas no podían ser tenidas en cuenta para determinar el régimen pensional del mencionado ciudadano. Veamos.

Lo primero que advierte la decisión suplicada es que para los funcionarios y empleados de la rama judicial existía un régimen especial consagrado en el Decreto-Ley 546 de 1971, el cual debía aplicarse para quienes al entrar en vigencia del régimen de transición de la Ley 100, cumplieran las condiciones establecidas en él, régimen que cubría igualmente a los magistrados de las Altas Cortes (fl. 452).

Esta advertencia la comparte plenamente la Sala, pues como explicó en precedencia, el mencionado régimen debía ser respetado porque así lo pretendió el legislador al expedir la Ley 100.

Sin embargo, no era procedente hacer ningún análisis de este régimen, como en efecto no lo hizo el fallo suplicado, por cuanto el actor no estaba cobijado por aquel, toda vez que antes del año 1996, no hizo parte ni de la rama judicial ni del Ministerio Público y, por tanto, su situación no estaba cubierta por aquel.

En ese orden, el fallo inicia el análisis de la situación puesta a su conocimiento a partir de la Ley 4ª, artículo 17, régimen de los congresistas y el Decreto 1359 de 1993, artículo 7, que reglamentó dicho régimen, para indicar las condiciones especiales para acceder a él, así: edad, 50 años; cuantía, 75% de lo que por todo concepto haya devengado el congresista en el último años, sin tope alguno.

Referencia ineludible por cuanto el Decreto 104 de 1994, en el artículo 28, indicó que a los magistrados de las Altas Cortes se les aplicaría los mismos factores salariales y cuantías de los congresistas, en los términos de las normas vigentes.

En ese sentido, se consideró que si bien la Ley 100 incorporó a los congresistas y funcionarios de la rama judicial a su régimen general de pensiones, también lo era que en el artículo 1 del Decreto 691 de 1994, se indicó que dicha incorporación se hacía sin perjuicio de lo establecido en el artículo 28 del Decreto 104 de 1994, entre otros.

En consecuencia, la Sección concluyó, a partir de las normas reseñadas, que ni los congresistas ni los magistrados de las Altas Cortes a quienes se les hizo extensivo el régimen pensional de aquellos, **quedaron cobijados por el régimen general de pensiones, Ley 100 de 1993.**

En el pie de página del folio 26 del fallo, fl 460 del expediente principal, se afirma que los congresistas que quedaron incorporados al régimen de pensiones de la Ley 100, fueron aquellos que no estaban cobijados por el régimen de transición, reflexión igualmente aplicable a los magistrados de las Altas Cortes, aunque no se anuncia así en el aparte correspondiente.

Con fundamento en esas precisiones, la Sección Segunda, Subsección B, analizó el caso concreto del doctor Díaz Bueno y cada uno de los actos expedidos por el ISS, para concluir lo siguiente:

Primero: El Instituto de Seguros Sociales se equivocó al reconocer la pensión del actor con fundamento en el régimen general, Ley 71 de 1988, cuando aquel estaba amparado por el régimen especial de los congresistas (fl 461). Esto en referencia al primer acto que emitió la entidad demandada. Resolución No. 00791 de 1998 y que no se refirió al régimen especial de la Ley 4ª de 1992.

Segundo: Frente a la Resolución 004272 de 15 de marzo de 1999, mediante la cual se modificó parcialmente la Resolución 00791 de 1998, primer acto expedido por el ISS, se afirma que si bien el ISS aceptó que el ingreso base de liquidación de la pensión correspondía al 75% de todos los factores salariales recibidos por el doctor Díaz Bueno en su último año laboral como Consejero de Estado, es decir, un monto de \$ 8.346.620, en aplicación de los Decretos 1359 de 1993 y 65 de 1998, la entidad demandada solo reconoció pagar \$ 2.699.404, por cuanto la Nación guardó silencio en lo que a su cuota parte le correspondía.

En ese sentido, el fallo señaló que si bien la entidad reconoció que el demandante tenía derecho a una pensión de carácter especial: **la de los congresistas**, el ISS infringió la normatividad en que debía fundarse, porque desde la expedición del Decreto 2921 de 1948, reiterado por la Ley 33 de 1985²⁹, estaba obligado a reconocer la totalidad de la pensión y si Cajanal no dio respuesta, ha debido entender que aceptaba la cuota parte a su cargo y, por tanto, ha debido reconocer la pensión en su totalidad y después repetir contra la Nación-Cajanal (fl. 462).

Tercero: En relación con la Resolución No. 000221 de 26 de agosto de 1999, mediante el cual se aclaró la Resolución 004272 de 15 de marzo de 1999, el Instituto de Seguros Sociales expresamente advirtió que el demandante no podía acceder al régimen especial porque no desempeñaba el cargo de Consejero de Estado para el 1º de abril de 1994 (fl 464).

Frente a este acto, la providencia recurrida señaló que este se apartaba de la orden de tutela que profirió la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la

²⁹ **Artículo 2º.** La Caja de Previsión obligada al pago de pensión de jubilación, tendrá derecho a repetir contra los organismos no afiliados a ellas, o contra las respectivas Cajas de Previsión, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido o aportado a ellos. El proyecto de liquidación será notificado a los organismos deudores, los que dispondrán del término de quince (15) días para objetarlo, vencido el cual se entenderá aceptado por ellos. Para los efectos previstos en este artículo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público efectuará anualmente las compensaciones a que haya lugar, con cargo a los giros que les correspondan a los organismos o Cajas, por concepto de aportes del Presupuesto Nacional; cuando se trate de entidades del orden departamental, intendencial, comisarial, municipal o del Distrito Especial de Bogotá, la compensación anual se efectuará con cargo a las correspondientes transferencias de impuestos nacionales.

Judicatura en el caso del demandante, en la que se dispuso: i) no aplicar formalismos, en referencia a la aprobación de la cuota parte por parte de Cajanal y ii) dar prevalencia a los principios de favorabilidad de las normas laborales frente al régimen especial (fl 465).

En cuanto al presupuesto de estar vinculado para el 1º de abril de 1994, afirmó que los únicos requisitos que estaba obligado a cumplir el demandante para acceder al régimen de transición era haber cumplido 40 años para esa fecha y haber cotizado 15 años o más, como expresamente lo exigió el legislador en el artículo 36 de la Ley 100 (fl 466).

En consecuencia, como el demandante para la fecha en que presentó la solicitud para el reconocimiento de la pensión **-30 de julio de 1997-**, tenía más de 60 años y había prestado sus servicios por más de 34 años, tenía el derecho al reconocimiento de la pensión especial de congresista (fl 466).

Conclusión que apoyó en la decisión de 18 de noviembre de 2002 de la Sala Plena, en la que se declaró la nulidad de la expresión *“que a partir de 1 de abril de 1994 desempeñaban sus cargos en propiedad y cumplían las condiciones previstas”* contenida en el artículo 25 del Decreto 043 de 1999, decreto que por demás no se aplicaba al caso del demandante por cuanto este radicó su solicitud de reconocimiento de pensión antes de la expedición del mencionado precepto (fl 468).

En otros términos, el fallo suplicado se basó en la interpretación que en otras providencias se había efectuado de las normas que regían el sistema pensional especial para los congresistas y magistrados de las Altas Cortes, para concluir, sin un análisis directo de estas que, en el caso en examen, el demandante estaba cobijado por el régimen especial que el legislador había fijado para los congresistas, por el hecho que, para la fecha en que se expidió la Ley 100 de 1993, aquel contaba con más de 40 años y 34 años de servicio.

En ese sentido, consideró que esa circunstancia bastaba para reconocerle el derecho a una pensión especial, pese a que: i) su ingreso al Consejo de Estado como Consejero fue el año de 1996, fecha en la que el régimen especial para Congresistas de la Ley 4ª, y, por extensión, para los magistrados había sido subrogado por la Ley 100, pero especialmente, por el Decreto 684 de 1994, que

ordenó la incorporación de unos y otros al sistema general de pensiones; ii) por sus condiciones, es decir, edad y tiempo de servicios, el demandante tenía derecho a ser pensionado con el régimen al que estaba adscrito al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100, que no era otro que el de la Ley 33 de 1985, pensión de jubilación y no el de los congresistas, pues se repite, a la fecha de entrada en vigencia de esta norma no había ingresado a ejercer el cargo de magistrado de una Alta Corporación.

Con fundamento en lo anterior, **se tiene que la sentencia suplicada sí incurrió en violación de normas sustanciales por falta de aplicación de algunas de ellas, e indebida aplicación de otras. Veamos.**

Falta de aplicación de los artículos 1 y 4 del Decreto 1359 de 1993 y 1, 2 y 3 del Decreto Reglamentario 691 de 1994.

El artículo 1 del Decreto 691 de 1994 señaló que *“integralmente y de manera especial, el régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas, que en lo sucesivo se aplicará a quienes a partir de la vigencia de la Ley 4a. de 1992 tuvieren la calidad de Senador o Representante a la Cámara.”*

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 1359 de 1993, expresamente indicó para tener derecho al régimen pensional se requería:

“ARTÍCULO 4o. REQUISITOS PARA ACCEDER A ESTE REGIMEN PENSIONAL. Para que un Congresista pueda acceder a la aplicación de este régimen especial, deberá cumplir en debida forma con 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 de su cargo.*

PARÁGRAFO. *De igual manera accederán a este régimen pensional los Congresistas que al momento de su elección estuvieren disfrutando de su pensión vitalicia de jubilación decretada por cualquier entidad del orden nacional o territorial y que cumplieren las condiciones y requisitos establecidos en el artículo 1o, inciso 2o de la Ley 19 de 1987.”*

En efecto, la interpretación que venía haciendo la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Contencioso Administrativo, inaplicó estas normas para el caso de los magistrados de las Altas Cortes, al indicar que los derechos de estos a gozar de una pensión especial quedaron salvaguardados si para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100, cumplían los requisitos fijados en el artículo 36 de la ley en mención. En ese sentido, se dejó de aplicar el Decreto 691 de 1994, que: i) incorporó a todos los funcionarios y empleados del Congreso y de la rama judicial al sistema general de pensiones, ii) a partir del 1 de abril de 1994, artículo 2.

En consecuencia, quienes no hacían parte del régimen especial para esa fecha, **1 de abril de 1994**, no podían, con posterioridad a su derogación, ser beneficiarios del mismo, pues como ya se explicó en acápites precedentes, para gozar y ser beneficiarios del mismo se requería estar en él.

Como se advierte en el recurso de súplica, fue indebida la aplicación que hizo la Sección Segunda, Subsección B, en el caso en estudio de los artículos 17 de la Ley 4ª; 5, 6, 7 y 8 del Decreto 1359 de 1993 y 28 del Decreto 104 de 1994, al reconocer la pensión especial para los congresistas, que tuvo vigencia hasta **el 1 de abril de 1994**, a un magistrado de una Alta Corporación que se incorporó a la rama judicial en 1996, fecha para la cual el mencionado régimen había dejado de regir y solo podía ser aplicable a quienes ejercían o fueron magistrados a la fecha en que aquel fue derogado.

En este punto es importante advertir que la jurisprudencia de esta Corporación entendió que, en estos casos, no se podía exigir la vinculación laboral. Aspecto este en el que coincide esta Sala porque era posible que para el 1º de abril de 1994, un Magistrado de Alta Corporación hubiese tenido que dejar el cargo, pero lo ocupó mientras estuvo vigente el régimen especial y, en consecuencia, era su beneficiario.

En estos casos, el magistrado o congresista, según el caso, estuvo cobijado por aquel en la medida en que cuando ocupó el cargo regía un sistema específico de pensión y podía optar por él, por ser su titular.

Cuestión diversa, y de ahí la indebida aplicación de los preceptos en cita, estuvo en aplicar el mencionado régimen a quienes pese a no estar cobijados por él, en la época en que estuvo vigente, se les concedió sus beneficios por el solo hecho que para el 1 de abril de 1994 tuvieran 40 años si eran hombres y 35 si eran mujeres, o 15 años de servicios.

Es decir, la jurisprudencia erróneamente entendió que cumplidas las condiciones que exigía el denominado régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 que reprodujo el artículo 2 del Decreto 1293 de 1994, era suficiente para que todo magistrado de Alta Corporación pudiera acceder al régimen especial en materia de pensiones, pese a que a la fecha en que tomó posesión del cargo, dicho régimen ya había perdido vigencia.

Posición jurisprudencial que, en términos generales, resultó contraria a la naturaleza misma del llamado régimen de transición y de las “expectativas legítimas” a que se hizo referencia el Tribunal Constitucional, o al derecho a que no se cambien las condiciones que regían una determinada situación como lo ha venido desarrollando la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, porque nadie podía válidamente considerar que tenía derecho a que se le aplicara un régimen al cual no pertenecía, y que para la fecha en que fue derogado carecía de cualquier expectativa para ser su beneficiario, pues no estaba cubierto por él.

Se pregunta la Sala ¿qué derecho o qué expectativa legítima -en los términos de la jurisprudencia constitucional o en los términos de la jurisprudencia contenciosa- podría tener una persona que para el 1 de abril de 1994 no fue magistrado de una Alta Corporación entre 1992 y 1994, para que se le aplicara un régimen pensional que para la época en que estuvo vigente no lo cobijaba?

La respuesta es ninguno, porque para ser titular de un determinado sistema pensional y de esa manera gozar del llamado régimen de transición se requería ser beneficiario de aquel, para de esa manera exigir que el legislador mantuviera las condiciones para lograr consolidar el derecho pensional que ley entró a modificar.

Por tanto, la aplicación que hizo la jurisprudencia del llamado régimen de transición, a personas que no eran titulares del sistema pensional especial, resultó errónea y contraria a su teleología, pues como se advirtió en otros apartes de esta

providencia, aquel buscaba proteger a aquellas personas que venían bajo las condiciones y requisitos de un determinado sistema pensional en el momento en que el legislador determinó variar las circunstancias del mismo, hecho que obligaba a este a señalar unos escenarios en que los requerimientos del régimen que se modificaba se mantendrían.

Por tanto, es imperioso concluir que los magistrados de las Altas Cortes que accedieron a ese cargo con posterioridad al 1 de abril de 1994, no podían ser beneficiarios del régimen especial de los congresistas, porque nunca fueron titulares de esa pensión especial, en tanto el mismo fue derogado a la entrada en vigencia de la Ley 100.

En consecuencia, al cumplir las condiciones del régimen de transición, edad o tiempo de servicio, tenían derecho a exigir que se les mantuviera las condiciones del régimen al que pertenecían y **no a uno al que nunca ingresaron**.

En ese sentido, se repite, el demandante, en el caso de la referencia, al entrar en vigencia la Ley 100, y cumplir los requisitos del artículo 36, tenía el derecho a pensionarse con las condiciones que regían para el 1 de abril de 1994, es decir, a la pensión de jubilación por aportes que reguló la Ley 71 de 1988³⁰ y que fue reglamentada por el Decreto 2709 de 1994³¹.

En ese orden de ideas, se infirmará la sentencia objeto de súplica, al prosperar los cargos del recurso interpuesto por el Ministerio Público. Razón por la que se procede a dictar sentencia de reemplazo.

4.6. Sentencia de reemplazo

Expuesto que el demandante estaba cobijado por el régimen pensional contenido en la Ley 71 de 1988, reglamentada por el Decreto 2709 de 1994, y que no tenía derecho a la pensión especial a la que hizo referencia la Ley 4 de 1992, artículo 17

³⁰ ARTÍCULO 7. A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

³¹ ARTÍCULO 6. Salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes. El salario base para la liquidación de esta pensión, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley. Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho instituto deberá certificar lo pagado por los citados conceptos durante el período correspondiente.

y el Decreto 104 de 1994, se impone señalar que la Sala debe dejar en firme la liquidación de la pensión que hizo en su momento el Instituto de Seguros Sociales, hoy en liquidación³², en las Resoluciones 00791 de 1998, 004272 de 1999 y 000221 de 1999, demandadas parcialmente en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por tanto, corresponde a la entidad demanda o la que haga sus veces, una vez ejecutoriada esta decisión, reliquidar y actualizar la pensión del demandante para determinar la cuantía que por concepto de pensión por aportes le corresponde recibir.

Es importante advertir que el mayor valor que recibió el demandante por concepto de pensión, en razón de la sentencia que por esta providencia se infirma, no podrá ser objeto de devolución por cuanto este fue cancelado como consecuencia de una providencia judicial y, por tanto, fue recibido de buena fe por aquel, en los términos del artículo 136, numeral 2 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el Decreto 2304 de 1989.

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Revisión No. 22 del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. FALLA:

1. **Declárase fundado** el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado contra la sentencia de 29 de mayo de 2003, proferida por la Sección Segunda, Subsección "B", de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con el N° 25001-23-25-000-1999-6490-02 (3054-02).
2. Como consecuencia de lo anterior, **se deja sin efectos** la sentencia de 29 de mayo de 2003, proferida por la Sección Segunda, Subsección "B", de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con el N° 25001-23-25-000-1999-6490-02 (3054-02) que confirmó la de primera instancia y en su lugar se revoca para negar las pretensiones de la demanda.

³² Decreto 2013 de 2012 "Por el cual se suprime el ISS, se ordena su liquidación y se toman otras disposiciones".

3. Entonces, **se deja en firme** la liquidación de la pensión que hizo el ISS, hoy en liquidación, en las Resoluciones 00791 de 1998, 004272 de 1999 y 000221 de 1999, demandadas parcialmente en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. Por tanto, una vez ejecutoriada esta decisión, se ordena a la entidad demanda o la que hoy haga sus veces, reliquidar y actualizar la pensión del demandante para determinar la cuantía que por concepto de pensión por aportes le corresponde recibir.

4. En los términos del artículo 136, numeral 2 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el Decreto 2304 de 1989, las sumas que recibió el demandante por concepto de pensión y que excedieron el valor de la pensión a la que efectivamente este tenía derecho, en razón de la sentencia que por esta providencia se infirma, no podrá ser objeto de devolución por cuanto fueron canceladas como consecuencia de una providencia judicial y, por tanto, aquellas fueron recibidas de buena fe por el demandante.

Notifíquese y Cúmplase

ALBERTO YEPES BARREIRO

Presidente

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Consejero

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Consejera

MILTON CHAVES GARCÍA

Consejero