



Sentencia 09697 de 2015 Consejo de Estado

MAGISTRADO ALTA CORTE - Pensión de jubilación / PENSION DE JUBILACION - Rama judicial / PENSION DE JUBILACION DE FUNCIONARIOS JUDICIALES - Marco normativo / RECONOCIMIENTO PENSION DE JUBILACION - Régimen especial vigente

Desde la emisión de la Ley 4ª de 1992 por virtud de su Decreto Reglamentario 104 de 1994 y los posteriores decretos anuales de salarios emitidos por el Presidente de la República, la situación pensional de los Magistrados de las Altas Cortes de Justicia, siempre que esté regida por esta normativa, y por comunicabilidad legal con la de los Congresistas, permite para dichos Magistrados, obtener el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación, en el 75% del ingreso mensual promedio que perciba el Congresista, incluidos como factores salariales solamente los ingresos que hayan recibido efectivamente, que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales hubieren realizado las cotizaciones respectivas al sistema de pensiones, además, sujeta a un tope de 25 s.m.l.m.v. desde el 1º de julio de 2013, según lo consideró la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013. No ocurre lo mismo con los Magistrados de las Altas Corporaciones, que tengan regulada su situación pensional por lo dispuesto en el Decreto 546 de 1971; concretamente, aquellos que al amparo del régimen de transición, se rijan por sus disposiciones, pues en razón a que este Decreto, lógicamente no es reglamentario de la Ley 4ª de 1992, es dable inferir, que a estos servidores judiciales, de ninguna manera, pueden aplicársele las aludidas restricciones establecidas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013, pues esta decisión, encuentra restringido su objeto sólo a las pensiones congresionales con origen en la Ley 4ª de 1992 -artículo 17- y por extensión legal, a las pensiones de los Magistrados de las Altas Cortes de Justicia, según el Decreto 104 de 1994 -artículo 28. Y, diferente es el caso de quien fue Magistrado de Alta Corte luego de haber obtenido el reconocimiento de su pensión de jubilación al amparo de las disposiciones generales de que tratan los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, que luego obtuvo el reajuste de la referida pensión por virtud del Decreto 542 de 1977; a quien de ninguna manera, le asiste el derecho a la reliquidación de la pensión jubilatoria, por aplicación retroactiva del régimen pensional especial posterior, contenido en los Decretos 546 de 1971, 1359 de 1993 y 104 de 1994. En otras palabras, si el referido Magistrado, obtiene el reconocimiento de su pensión de jubilación, mucho antes de la vigencia de la normativa especial, resulta evidente que su situación pensional se gobierna por el régimen general anterior, que como quedó visto en el recuento normativo, de manera alguna genera comunicabilidad con el status remuneratorio de los Legisladores; pues, esa extensión legal de los efectos del régimen de los Congresistas al de Magistrados de las Altas Corporaciones de Justicia, emerge a partir de la Ley 4ª de 1992 y se hace expresa por virtud del Decreto 104 de 1994.

FUENTE FORMAL: LEY 4 DE 1992 / DECRETO 542 DE 1971 / DECRETO 3135 DE 1968 / DECRETO 1848 DE 1969

PENSION DE JUBILACION - Reliquidación / RELIQUIDACION PENSION DE JUBILACION - No procede al ser concedida antes de la vigencia de la Ley 4 de 1992

Es evidente, que el actor obtuvo el reconocimiento de su pensión de jubilación a partir del 30 enero de 1977, ante el cumplimiento de los requisitos consagrados en la normativa vigente para la época -Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969-. Posteriormente renunció a dicha pensión para laborar en varios cargos, el último de los cuales fue el de Consejero de Estado, desde el 16 de febrero de 1981 hasta el 20 de mayo de 1986, es decir, por el término de 5 años y 3 meses. En razón de esta última vinculación laboral, acudió ante el Instituto demandado en búsqueda del reajuste de su pensión jubilatoria en calidad de exConsejero de Estado. A dicho reajuste accedió el demandado, como consta en la Resolución No. 5661 de 1986, en aplicación del Decreto 542 de 1977, que para ese entonces fijó la remuneración de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial. Por no estar de acuerdo con el aludido reajuste pensional, en el año 2001 en ejercicio del derecho de petición, solicitó ante el accionado la reliquidación de la pensión con los reajustes respectivos, en acatamiento a lo dispuesto por los Decretos 1359 de 1993, 104 de 1994 y 47 de 1995; dispositivos que regulan el régimen especial de pensiones y reajustes de los Congresistas, que tal como quedó visto, es aplicable a los Magistrados de Altas Cortes. De igual manera y en la búsqueda de la reliquidación pensional, a la que estimó tenía derecho en consideración a su precario estado de salud, en la misma anualidad, instauró acción de tutela que en segunda instancia fue concedida y que dio origen a la actuación acusada. Pues bien, de conformidad con lo reseñado en el estudio vertido en párrafos precedentes se establece, que al demandante no le asiste el derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación en el 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devenguen los Congresistas y Magistrados de Altas Cortes en ejercicio de que trata el Decreto 1359 de 1993; habida cuenta, que si bien laboró como Consejero de Estado, lo cierto es, que lo fue en febrero de 1981 y hasta mayo de 1986, es decir, antes de la vigencia de la Ley 4ª de 1992 -18 de mayo de 1992.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil quince (2015).

Rad. No.: 25000-23-25-000-2002-09697-01(0175-08)

Actor: GUSTAVO HUMBERTO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - ISS Y CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandante, contra la sentencia de 16 de agosto de 2007 proferida por la Sección Segunda, Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que de manera oficiosa declaró probada la ineptitud sustantiva de la demanda instaurada por el señor GUSTAVO HUMBERTO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (q.e.p.d), en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos expedidos por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, por medio de los cuales se le reliquidó la pensión de jubilación, en cumplimiento a una sentencia de tutela proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor GUSTAVO HUMBERTO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a fin de obtener la nulidad parcial de la Resolución No. 252 de 21 de enero de 2002, por medio de la cual se reliquidó su pensión de jubilación en cumplimiento a un fallo de tutela del Consejo de Estado y la nulidad parcial de la Resolución No. 1422 de 22 de marzo de 2002, que resolvió el recurso de reposición, confirmando la anterior decisión; ambas expedidas por la Gerencia Nacional de Recursos Humanos en Encargo del Instituto de Seguros Sociales.

A título de restablecimiento del derecho solicitó, que se ordene al demandado *“reliquidar y pagar”* su pensión *“a partir del 20 de mayo de 1986, en una cuantía equivalente al 75% del ingreso mensual promedio que por todo concepto hubiesen devengado los Magistrados del Consejo de Estado en ese año, de conformidad con el régimen legal establecido en los Decretos 104 y 1293 de 1994 y 047 de 1995”*. Y en subsidio, *“reliquidar y pagar la pensión... a partir del mes de julio de 1994, en una cuantía equivalente al 75% del ingreso mensual promedio que por todo concepto hubiesen devengado los Magistrados del Consejo de Estado en ese año, de conformidad con el régimen legal establecido en los Decretos 104 y 1293 de 1994 y 047 de 1995”*.

Además, que se ordene el pago de los incrementos anuales correspondientes; el reconocimiento de la indexación o corrección monetaria sobre las sumas que ha dejado de percibir desde la causación del derecho y hasta la ejecutoria de la sentencia definitiva; la cancelación de los intereses de mora sobre las sumas adeudadas, producidos desde la ejecutoria del fallo definitivo hasta el momento del pago y sobre las sumas que se ordenaron en los numerales 1º y 2º de la Resolución No. 252 de 2002, causadas a partir del reconocimiento de las mismas y hasta su pago efectivo; la condena en costas al demandado y el cumplimiento de los artículos 171 y 176 y s.s. del Código Contencioso Administrativo.

Relata el actor en el acápite de hechos, que el Instituto de Seguros Sociales, por medio de la Resolución No. 457 de 22 de abril de 1977, le reconoció la pensión de jubilación.

Encontrándose en disfrute de dicha pensión, fue nombrado como Secretario General de la Presidencia de la República, empleo que desempeñó desde el 16 de enero de 1980, motivo por el cual se le suspendió temporalmente el pago de sus mesadas pensionales.

Luego, en enero de 1981 fue elegido Consejero de Estado, cargo que ejerció hasta el 20 de mayo de 1986.

Cuando se retiró de este último empleo, solicitó al Instituto demandado la reanudación del pago de su mesada pensional y el “reajuste” de su pensión de jubilación, de acuerdo con el salario que devengó como Consejero de Estado.

Fue así como por medio de la Resolución No. 5661 de 3 de octubre de 1986, el Instituto ordenó el “reajuste”, elevando su pensión a la suma de \$192.889 mensuales; mesada que es ostensiblemente inferior a la que establece el artículo 7º del Decreto 1359 de 1993 en concordancia con el artículo 28 del Decreto 104 de 1994 y el Decreto 47 de 1995, en el 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devengaron los Congresistas y Magistrados de Altas Cortes.

El 17 de julio de 2002 solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación con los reajustes correspondientes, a efectos de que el demandado le diera aplicación a la normativa en mención.

El 18 de julio de 2001, atendiendo a su precario estado de salud, instauró Acción de Tutela como mecanismo transitorio ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en idéntico sentido y a fin de que se le protegieran sus derechos fundamentales a la vida, a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes, a la igualdad ante la ley, a la protección y asistencia de las personas de la tercera edad, a la protección de los disminuidos físicos, a la seguridad social, a la salud, a la igualdad de oportunidades para los trabajadores y al reajuste periódico de las pensiones legales.

En fallo de 8 de agosto de 2001 fue negada la acción, porque no existía perjuicio irremediable en consideración a que la pensión que percibía le permitía vivir en condiciones dignas.

En el entendido que lo solicitado es el “reajuste” de la mesada pensional, la anterior decisión fue revocada por la Sección Cuarta de la Corporación en sentencia de 28 de septiembre de 2001, que luego fue aclarada mediante providencia de 23 de octubre del mismo año, ordenando al Instituto adoptar lo necesario para que la acción se ejecutara en la forma prevista en la Sentencia SU-1354/2000, de manera que en el término de 48 horas se dictara una nueva resolución en la que se decidiera sobre la pensión de jubilación aplicando el régimen normativo especial que cobija a los Congresistas.

En atención a lo resuelto por esta Corporación, el I.S.S. profirió la Resolución No. 252 de 21 de enero de 2002, estableciendo que el valor reliquidado de la pensión de jubilación ascendía a la suma de \$369.196.096 por los años 1998 a 2002, advirtiendo que existía la prescripción de mesadas causadas antes del 17 de julio de 1998.

Frente a dicho acto administrativo interpuso recurso de reposición argumentado la existencia de falsa motivación, porque la reliquidación de la pensión se debe hacer desde el momento de su causación, sin que exista prescripción respecto de todas las mesadas atrasadas. Esta impugnación se desató por medio de la Resolución No. 1422 de 22 de marzo de 2002, en el sentido de confirmar la decisión adoptada.

Invoca como normas violadas los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968; 75 y 102 del Decreto 1848 de 1969; 136 del Decreto 01 de 1984; 96 del Decreto 1295 de 1994 y 2º de la Ley 33 de 1985.

Manifiesta, que los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969 que señalan que “Las acciones ... prescriben en tres años desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible”, fueron violados por interpretación errónea y aplicación indebida por parte del demandado, pues realmente a lo que hacen referencia es a la caducidad de las acciones, pero no a la prescripción de las mesadas adeudadas; con lo que no pueden ser invocados en la Resolución No. 1422 de 2002 como fundamento de una supuesta prescripción trienal y menos cuando perdieron su vigencia con la expedición del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

En este sentido fue vulnerado por falta de aplicación, el artículo 136 en cita, norma posterior y especial, que establece que las acciones contra los actos que reconozcan prestaciones periódicas, como son las pensiones de jubilación, se pueden ejercer en cualquier tiempo.

Cuando se le concedió la tutela, el sentido de dicho pronunciamiento no era otro que el de equilibrar su mesada pensional con la de los demás

exConsejeros de Estado aplicando el régimen legal especial de los Congresistas; decisión que aunada a la solicitud de reliquidación que presentó ante el I.S.S., implica que a este último le asistía la obligación de establecer los valores adeudados sin aplicar prescripción alguna, porque el ordenamiento legal especial en ninguno de sus apartes alude a la prescripción de las mesadas en las condiciones contenidas en la actuación acusada.

Argumenta, que el Instituto demandado violentó por falta de aplicación los artículos 75 del Decreto 1848 de 1969 y 2º de la Ley 33 de 1985, porque para la fecha de presentación de la demanda no ha cancelado los valores reconocidos, no obstante asistirle tal deber, independientemente que Cajanal acepte o no cubrir la cuota parte correspondiente, máxime que dichas disposiciones señalan, que vencido el término improrrogable de 15 días sin que se dé respuesta, se entenderá que acepta, en cuyo caso debe pagar y repetir contra Cajanal.

Esa conducta arbitraria e ilegal del demandado tiene como consecuencia que le siga pagando una pensión ostensiblemente inferior a la que devengan los exmagistrados de altas cortes, haciendo inocua la reliquidación ordenada en los actos acusados y en el fallo favorable de esta Corporación.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se opuso a las pretensiones de la demanda y al efecto sostiene, que si bien la pensión no prescribe, las mesadas pensionales sí, dada su naturaleza periódica o de tracto sucesivo y vitalicia; por manera, que prescriben las mesadas que no se hubiesen solicitado dentro de los 3 años anteriores al momento en que se reclame el derecho.

Indica, que es lógico que no pueda reconocer la totalidad de la mesada pensional sin que previamente Cajanal acepte o niegue la cuota parte que se le imputa y sin que admita concurrir por el monto que le corresponde conforme al régimen propio de los Congresistas y Magistrados de Altas Cortes.

Manifiesta, que el actor se equivoca al sostener que la reliquidación de su pensión procede desde el 20 de mayo de 1986, pues la prescripción de las mesadas causadas antes del 17 de julio de 1998, se hace más que evidente con el escrito presentado por su apoderada el 17 de julio de 2001.

Propone como excepciones la prescripción, que en su sentir, operó respecto de las mesadas pensionales causadas antes del 17 de julio de 1998, máxime que el actor reconoce de manera expresa que solamente hasta el 17 de julio de 2001, solicitó la reliquidación de su pensión. Además, la que denominó "*No comprender a todas las personas que comprende el litisconsorcio necesario*", pues, es fundamental la comparecencia de Cajanal, quien debe concurrir al pago de la obligación tal como se encuentra consignado en los actos acusados.

CAJANAL, luego de ser vinculada al proceso por el a quo (Folios 266 a 268), da respuesta a la demanda.

Sostiene, que el reajuste especial de que trata el Decreto 1359 de 1993, es de carácter restrictivo únicamente para quienes a partir de la vigencia de la Ley 4ª de 1992 tuvieron la calidad de Senadores o Representantes; por lo que este Decreto no es aplicable a los exmagistrados de Altas Cortes. Tampoco puede interpretarse, que por el hecho de que incluya a excongresistas también deba contemplar a exmagistrados de Altas Cortes.

Señala, que se debe diferenciar el reconocimiento de que trata el Decreto 104 de 1994 del reajuste que dispone el Decreto 1359 de 1993; por manera, que la primera figura es aquella en virtud de la cual se ordena el pago de la pensión, en cambio la segunda es un procedimiento técnico jurídico que se efectúa sobre el valor ya reconocido a fin de incrementar la cuantía de la pensión, que puede ocurrir en una o en varias oportunidades, pero siempre sobre un valor inicialmente decretado.

Enfatiza, que el Gobierno Nacional no pretendió hacer extensivo el reconocimiento y el reajuste especialísimo previsto en las normas aludidas a

los exmagistrados que con anterioridad habían sido beneficiados con la pensión de jubilación. Además, que buscó acabar los regímenes especiales al expedir la Ley 100 de 1993, dentro de cuyas excepciones no figuran los Magistrados de Altas Cortes ni los empleados de la Rama Judicial.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia de 16 de agosto de 2007, inicialmente con ocasión del deceso del actor, reconoce a la señora EMMA RUIZ DE RODRÍGUEZ, como su sucesora procesal en calidad de cónyuge *supérstite*. Luego, de manera oficiosa declaró probada la ineptitud sustantiva de la demanda.

Precisa, que en esta oportunidad el problema jurídico a resolver se concreta en determinar, si la acción de nulidad y restablecimiento del derecho procede frente a actos de ejecución de sentencias de Tutela o si por el contrario, tales actos escapan a la órbita de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En tal sentido determina, que en este caso particular, las resoluciones acusadas son actos de cumplimiento de una decisión judicial proferida por el Consejo de Estado; es decir, que se trata de actos de ejecución de una sentencia de Tutela que no deciden el fondo del asunto, esto es, que no definen el derecho pensional del actor ni ponen término a la actuación administrativa, motivo por el cual no son demandables ante la Jurisdicción.

Señala, que de conformidad con criterio jurisprudencial de esta Corporación, solo procede el control jurisdiccional de los actos de cumplimiento de una decisión judicial, cuando los mismos suprimen o cambian lo ordenado por la providencia, y en este caso, tal como se argumentan los cargos de la demanda, se infiere que el actor no los acusa por exceso en la ejecución o por alejarse de la providencia judicial.

Añade, que la Sentencia de Tutela de 28 de septiembre de 2001, amparó los derechos fundamentales del actor como mecanismo transitorio; de manera que, los actos administrativos de ejecución cuya nulidad se pretende con la acción incoada, no son de carácter definitivo, por lo que la situación pensional quedará sujeta a las resultas del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que decida la legalidad de los actos de reconocimiento y reliquidación pensional.

APELACIÓN

Inconforme con la decisión del colegiado de primera instancia el demandante interpone el recurso de alzada a fin de que se revoque y en su lugar se decida de fondo el problema planteado en la demanda.

Como fundamentos del recurso esgrime, que no es cierto que los actos acusados sean de aquellos denominados de cumplimiento o ejecución, como erróneamente lo afirma el actor, porque aunque la Resolución No. 252 de 2002 se titula "*Por la cual se reliquida una pensión de jubilación en cumplimiento a un fallo del Consejo de Estado*", lo cierto es, que como lo reconoce el I.S.S. en los considerandos de dicho acto y tal como se encuentra acreditado en el expediente; con antelación a dicho fallo se había elevado solicitud de reliquidación de la pensión, que no fue resuelta dentro del término legal sino al momento de darle cumplimiento a la sentencia de tutela.

Además, en la Resolución en comento el Instituto le otorgó la posibilidad de interponer el recurso de reposición, no sólo porque mediaba una solicitud de reliquidación, sino porque se estaba definiendo una situación particular y concreta referente al derecho pensional del actor, sin que se trate de un acto de simple cumplimiento o ejecución. De tal suerte que, el primer acto, finiquitó la actuación administrativa relacionada con la petición de reliquidación, y el segundo, puso fin a la vía gubernativa; motivo por el cual ambos son controlables por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Insiste en que el demandado en los actos acusados resolvió tanto la petición de reliquidación de 17 de julio de 2001 como el cumplimiento del

fallo de tutela, porque no tendría sentido que adelantara dos actuaciones administrativas diferentes; una, dando respuesta al derecho de petición, y otra, en cumplimiento a lo ordenado por el Juez Constitucional.

Señala, que el Instituto no ha emitido ni expedirá ningún acto administrativo especial para resolver la petición elevada el 17 de julio de 2001 de revisión de la pensión, en atención al tiempo transcurrido y porque ya se produjo la reliquidación; por tanto, no existen ni existieron otros actos administrativos que se puedan controvertir. Ello aunado a que la sentencia de tutela no tuvo ningún efecto práctico, porque ordenó al I.S.S. darle cumplimiento, sin que se haya cancelado la mesada pensional reliquidada ni el correspondiente retroactivo, con el argumento de que Cajanal no ha asumido la cuota parte que le corresponde.

Y aunque la sustituta pensional elevó nuevo derecho de petición ante el Instituto solicitando el *“reajuste de su pensión”*, este se limitó a responder que Cajanal no había trasladado el monto de la cuota parte; con lo que no existe acto administrativo que se pueda demandar.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante. Reiteró íntegros los argumentos expuestos en el recurso de alzada.

La parte demandada. No allegó sus alegaciones finales.

El Ministerio Público. No emitió concepto.

CONSIDERACIONES

ACOTACIONES PRELIMINARES

En primer lugar encuentra la Sala que en esta oportunidad el recurso de alzada básicamente se circunscribe a atacar la decisión del *a quo*, habida cuenta que se declaró inibido para emitir pronunciamiento de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda, al considerar que los actos acusados son de ejecución o cumplimiento de una sentencia de tutela, que en consecuencia no decidieron de fondo el asunto y que por tal razón no son demandables ante esta Jurisdicción.

En este punto, para la Sala es indispensable advertir, que la actuación que ahora se acusa se encuentra conformada por la Resolución No. 252 de 21 de enero de 2002 emitida por el I.S.S., que reliquidó la pensión de jubilación del demandante y por la Resolución No. 1422 de 22 de marzo de 2002, que al desatar el recurso de reposición confirmó la anterior decisión.

Ahora bien, esa Resolución No 252 de 2002, que reliquidó la pensión de jubilación, encuentra su génesis en el cumplimiento a la sentencia de tutela de 28 de septiembre de 2001, emitida por la Sección Cuarta de la Corporación, en la que como mecanismo transitorio amparó los derechos fundamentales del demandante a la vida, la igualdad, la seguridad social y la salud, entre otros, y en consecuencia ordenó al I.S.S., *“... adoptar lo necesario para que esta acción se ejecute en la forma prevista en la decisión contenida en la sentencia SU-1354/2000, M.P. Doctor Antonio Barrera Carbonell, en el sentido de que en el término de 48 horas proceda a dictar una nueva resolución en la cual se decida sobre la pensión de jubilación del actor aplicando el régimen normativo especial que cobija a los Congresistas, según lo señalado en la parte motiva de esta providencia...”*. (fls. 86 a 102).

El 23 de octubre de 2001, en aclaración de la anterior decisión, se indicó que el I.S.S., en el término de 48 horas debía *“... dictar una nueva resolución en la cual se decida sobre la pensión de jubilación del actor aplicando el régimen normativo especial que cobija a los Congresistas...”*. (fls. 106 a 110).

La referida Sentencia SU-1354 de 2000 a la que remite la decisión del juez constitucional de segunda instancia, concedió en esa ocasión la tutela, para lo cual ordenó al I.S.S. que *“REVOQUE los actos administrativos que reconocieron la pensión del actor con fundamento en las normas de la Ley 100/93 y, en su lugar PROCEDA, en el término de 48 horas a dictar una nueva resolución en la cual se decida sobre la pensión de jubilación del citado aplicando el régimen normativo especial que cubre a los Congresistas, según lo señalado en la parte motiva de esta providencia”*. (fls. 4 a 27).

Con ello se tiene entonces, que la resolución que ahora se acusa, que reliquidó la pensión de jubilación del actuante, aunque en su encabezado describe que *“... reliquida una pensión de jubilación en cumplimiento a un fallo del Consejo de Estado”*; lo cierto es, que no se trata de un acto de ejecución, como lo afirmó el Tribunal, sino que en razón de la orden contenida en la decisión de tutela de esta Corporación, que remitió al fallo de la Corte Constitucional, se está ante la presencia de un acto administrativo que revocó o suprimió la actuación administrativa inicial, que en el pasado había reliquidado la pensión de jubilación del demandante.

Así se tiene, que no le asiste la razón al *a quo* cuando se declaró inibido para desatar la *litis* por ineptitud sustitutiva de la demanda - decisión que se revocará -; porque en estas especiales circunstancias, la actuación acusada de reliquidación pensional no se constituye en acto de ejecución, por el contrario, se trata de un nuevo acto administrativo, que efectivamente por orden del juez de tutela, es el que entra a definir la situación particular del actor de reliquidación de su pensión jubilatoria, precisamente ante la supresión del anterior acto reliquidatorio; situación que permite afirmar, que la Resolución No. 252 de 2002 ahora acusada, resulta ser pasible de control de legalidad por parte de la Jurisdicción.

Es entonces, el efecto útil de esta distinción, entre el acto primigenio de reliquidación, que desapareció por orden de la decisión de tutela, y el posterior, que nace a la vida jurídica con ocasión de la misma; el que permite predicar la posibilidad de control judicial de este último al definir la situación prestacional del actor.

PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con la preliminar expuesta que habilita la revisión del asunto, y tal como se planteó en el libelo introductorio, el problema jurídico a resolver en esta oportunidad se contrae a establecer, si al actor quien tenía pensión de jubilación reconocida desde el año 1977, le asiste el derecho a la reliquidación de la misma, según la normativa que regula a los Congresistas, en el 75% del ingreso mensual promedio de lo que devengó un Consejero de Estado, en razón a que ostentó tal investidura entre 1981 y 1986.

Habida cuenta que el demandante invoca como fundamento de su *petitum* la aplicación del Régimen Pensional de los Legisladores; se hace entonces necesario realizar el recuento y análisis de esta normativa, para luego examinar si con fundamento en las probanzas que reposan en el proceso, le asiste la razón en lo que procura.

DEL RÉGIMEN PENSIONAL CONGRESIONAL Y DE LA RAMA JUDICIAL

Se encuentra como referente normativo que regula las prestaciones sociales para el sector público, la Ley 33 de 1985¹, en cuyo artículo 1º dispuso, que el empleado oficial que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años, tiene derecho a que la respectiva Caja de Previsión le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Señaló, que no quedan sujetos a esta regla general, los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

También dispuso, que para los empleados oficiales que a la fecha de esta ley hayan cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, continuará aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley².

Y, en todo caso los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener la pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a la misma.

En su artículo 23, en relación con los Congresistas y empleados del Congreso, pensionados con anterioridad a la vigencia de esta Ley, estableció que lo seguirán siendo de las Entidades de Previsión Social que les otorgaron y reconocieron su derecho.

Por su parte, la Ley 19 de 1987, que modificó el artículo 23 de la Ley en cita, dispuso en su artículo 1º, que tienen derecho a gozar de todas las prestaciones y servicios del Fondo de Previsión Social del Congreso, aquellas personas que están legalmente obligadas a contribuir para su funcionamiento.

Además, que los Congresistas que para tomar posesión de sus cargos hayan de renunciar temporalmente a recibir la pensión de jubilación que les había sido reconocida con anterioridad, la podrán seguir percibiendo del Fondo con derecho al respectivo reajuste, una vez suspendan o cesen en el ejercicio de sus funciones, pero el nuevo lapso de vinculación al Congreso y de aporte al Fondo no podrá ser inferior a un (1) año, en forma continua o discontinua.

En el Parágrafo en cuanto a los empleados del Congreso pensionados con anterioridad a la vigencia de la Ley 33 de 1985 estipuló, que lo seguirán siendo de las entidades de Previsión Social que les otorgaron y reconocieron su derecho.

Es el Decreto 546 de 1971³, el que reguló de manera especial el régimen de seguridad y protección social de los servidores de la Rama Jurisdiccional.

Específicamente, en su artículo 6º determinó, que tanto los funcionarios como los empleados a los cuales se refiere, tienen derecho al llegar a los 55 años de edad, si son hombres, 50 años, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia del Decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a 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”*.

Y su artículo 7º ordenó, que si el tiempo de servicio exigido en la anterior disposición, se hubiere prestado en la Rama Jurisdiccional o en el Ministerio Público en lapso menor de 10 años, la pensión de jubilación se liquidará en la forma ordinaria establecida para los empleados de la Rama Administrativa del Poder Público.

Ahora bien, la Carta Política de 1991, en los literales e) y f) del numeral 19 de su artículo 150, atribuyó al Legislador competencia para dictar normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública, así como para regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

El Legislador ejerció esta atribución mediante la expedición de la Ley 4ª de 1992, en la que señaló al Gobierno Nacional, tal como lo indica el literal c) de su artículo 1º y su artículo 2º, los objetivos y criterios que debe observar para fijar el régimen salarial y prestacional, entre otros, de los empleados de la Rama Judicial y de los miembros del Congreso Nacional.

En su artículo 15 determinó, que los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, *“... tendrán una prima especial de servicios que sumada a los demás ingresos laborales, igualen a los percibidos en su totalidad, por los miembros del Congreso, sin que en ningún caso los supere”*.

En el artículo 17⁴, en términos generales prevé la posibilidad de que el Gobierno establezca un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones

para los Senadores y Representantes, que no puede ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que devenguen los Congresistas, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 17. El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los representantes y senadores. Aquellas y éstas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, [durante el último año], [y por todo concepto], perciba el congresista. [Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal]”⁵.

PARÁGRAFO. La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que [por todo concepto]”⁶ devenguen los representantes y senadores en la fecha en que se decrete la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva”.

Fue así como en ejercicio de dichas facultades, el Presidente de la República, expidió el Decreto 1359 de 1993⁷, que estableció el Régimen Especial de Pensiones, reajustes y sustituciones aplicable a quienes a partir de la vigencia de la Ley 4ª de 1992, tengan la calidad de Senador o Representante a la Cámara.

En efecto, dicho Decreto en su artículo 1º señaló, que este Régimen *“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”⁸.*

Los artículos 5º y 6º⁹ referentes al Ingreso Básico para la Liquidación de la pensión y al Porcentaje Mínimo de la misma, respectivamente señalan, que para liquidar las pensiones al igual que los reajustes y las sustituciones, se tendrá en cuenta el ingreso mensual promedio que devenguen los Congresistas en ejercicio a la fecha en que se decrete la prestación, dentro del cual serán especialmente incluidos *“el sueldo básico, los gastos de representación, la prima de localización y vivienda, prima de transporte, prima de salud, prima de navidad y toda otra asignación de la que gozaren”¹⁰*; liquidación que en ningún caso ni en ningún tiempo puede ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que devenguen los Congresistas en ejercicio, ni estará sujeta al límite de cuantía a que hace referencia el artículo 2º de la Ley 71 de 1988¹¹.

Y, su artículo 7º, definió el derecho a la pensión vitalicia de jubilación, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 7o. DEFINICIÓN. Cuando quienes en su condición de Senadores o Representantes a la Cámara, lleguen o hayan llegado a la edad que dispone el artículo 1o, parágrafo 2o de la Ley 33 de 1985 y adicionalmente cumplan o hayan cumplido 20 años de servicios, continuos o discontinuos en una o en diferentes entidades de derecho público incluido el Congreso de la República, o que los hayan cumplido y cotizado en parte en el sector privado y ante el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, conforme a lo dispuesto en el artículo 7o de la Ley 71 de 1988, tendrán derecho a una pensión vitalicia de jubilación que no podrá ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio, que [durante el último año] [y por todo concepto]”¹² devenguen los Congresistas en ejercicio, de conformidad con lo establecido en los artículos 5o y 6o del presente Decreto.

(...)”.

Por manera, que al Legislador le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación en el 75% del ingreso mensual promedio que devenguen los Congresistas en ejercicio, cuando en tal condición cumpla con la edad, que ha de entenderse es de 50 años¹³ y con el tiempo de servicios de 20 años.

Su artículo 8º que se denomina *“CONGRESISTAS PENSIONADOS Y VUELTOS A ELEGIR”* en armonía con el Parágrafo del artículo 4º antes citado, prescribe que los Senadores y Representantes a la Cámara que al momento de tomar posesión de su cargo hubieren tenido que renunciar temporalmente al disfrute de su pensión vitalicia de jubilación, decretada por cualquier entidad de derecho público; al terminar su gestión como Congresistas, *“... la seguirán percibiendo de la Entidad Pensional del Congreso, de conformidad con las disposiciones del presente régimen siempre que a la vigencia de este Decreto, hubieren adquirido tal derecho según lo establecido en el artículo 1º, inciso 2º de la Ley 19 de 1987”.*

Luego, el Decreto 104 de 1994, reglamentario de la Ley 4ª de 1992, en el artículo 28, expresamente establece 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”.

Se resalta, que a partir del año 1995 con la expedición del Decreto 47, la anterior previsión se ha mantenido en los Decretos anuales que el Gobierno Nacional ha emitido sobre salarios y prestaciones sociales de la Rama Judicial.

El aludido Decreto 47 de 1995, en el artículo 28, adicionó la anterior disposición¹⁴, en el sentido de que los Magistrados en mención, que a 20 de junio de 1994 desempeñen sus cargos en propiedad en las citadas Corporaciones, podrán optar por pensionarse cuando reúnan los requisitos de edad y tiempo de servicios señalados para los Congresistas en el Parágrafo del artículo 3º del Decreto 1293 de 1994¹⁵, que no son otros, que 20 años de servicio y 50 años de edad.

Por su parte la Ley 100 de 1993¹⁶ en el artículo 273 preceptuó, en relación con el régimen aplicable a los servidores públicos, que el Gobierno Nacional, en acatamiento a lo dispuesto por sus artículos 36 y 11, podía incorporar al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, respetando los derechos adquiridos a los servidores públicos, aún a los Congresistas.

El Gobierno ejerció la facultad de incorporación otorgada, mediante el Decreto 691 de 1994¹⁷, que en el literal b) de su artículo 1º en asocio con el artículo 2º, prescribió que a partir del 1º de abril de 1994, los servidores públicos del Congreso quedaban vinculados al nuevo Sistema General de Pensiones que fue previsto en la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de lo regulado por el Decreto 1359 de 1993 y las normas que lo modifiquen y adicionen.

Y en su artículo 2º dispuso, que dicho sistema para los servidores públicos del orden nacional incorporados en virtud de su artículo 1º comenzaba a regir a partir del 1º de abril de 1994.

ANÁLISIS DEL MARCO NORMATIVO

Del examen sistemático de las disposiciones reseñadas en acápite precedente infiere la Sala, que fue el Decreto 546 de 1971 el que de manera especial, reguló la situación pensional de los funcionarios judiciales, incluidos los Magistrados de las Altas Cortes, que exige para la obtención del derecho a la pensión de jubilación, en el equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubieren devengado en el último año de servicio, el cumplimiento de 55 años de edad en el caso de los hombres y de 50 años de edad en el de las mujeres, al igual que 20 años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia del Decreto, de los cuales por lo menos 10 años lo hayan sido al servicio exclusivo de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público o de ambos.

Con la expedición de la nueva Carta Fundamental, surge en el panorama normativo la Ley 4ª de 1992, que habilitó al Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados de la Rama Judicial y de los miembros del Congreso Nacional¹⁸.

Por lo que, el Presidente de la República emitió, de un lado, el Decreto 1359 de 1993, que instituyó el Régimen Especial de los Congresistas, aplicable a quienes a partir de la vigencia de la Ley 4ª de 1992 -18 de mayo de 1992- ostenten tal calidad, fijando su derecho a la pensión vitalicia de jubilación, en el 75% del ingreso mensual promedio que devenguen los Congresistas en ejercicio, de conformidad con lo establecido en sus artículos 5º y 6º¹⁹.

Igualmente, son destinatarios de este Régimen Especial, quienes habiendo sido Congresistas en el pasado y que estén pensionados, luego se reincorporen al servicio como Legisladores encontrándose en condición de activos a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992, efectuando el respectivo aporte al Fondo, para lo cual hayan renunciado temporalmente a recibir pensión de jubilación reconocida con anterioridad, siempre que el nuevo lapso de vinculación al Congreso no sea inferior a un año en forma continua o discontinua.

Y de otro, profirió el Decreto 104 de 1994, en cuyo artículo 28 determina, que a los Magistrados de las Altas Cortes Judiciales, les asiste el

derecho al reconocimiento de la pensión, teniendo en cuenta los mismos factores salariales y cuantías de los Congresistas, como un sistema de liquidación para definir el monto del valor de la prestación pensional de dichos funcionarios, que no es otro, que el específicamente determinado en los mencionados artículos 5º y 6º del Decreto 1359 de 1993.

Significa lo anterior, que desde la emisión de la Ley 4ª de 1992 por virtud de su Decreto Reglamentario 104 de 1994 y los posteriores decretos anuales de salarios emitidos por el Presidente de la República, la situación pensional de los Magistrados de las Altas Cortes de Justicia, siempre que esté regida por esta normativa, y por comunicabilidad legal con la de los Congresistas, permite para dichos Magistrados, obtener el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación, en el 75% del ingreso mensual promedio que perciba el Congresista, incluidos como factores salariales solamente los ingresos que hayan recibido efectivamente, que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales hubieren realizado las cotizaciones respectivas al sistema de pensiones, además, sujeta a un tope de 25 s.m.l.m.v. desde el 1º de julio de 2013, según lo consideró la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013.

No ocurre lo mismo con los Magistrados de las Altas Corporaciones, que tengan regulada su situación pensional por lo dispuesto en el Decreto 546 de 1971; concretamente, aquellos que al amparo del régimen de transición, se rijan por sus disposiciones, pues en razón a que este Decreto, lógicamente no es reglamentario de la Ley 4ª de 1992, es dable inferir, que a estos servidores judiciales, de ninguna manera, pueden aplicársele las aludidas restricciones establecidas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013²⁰, pues esta decisión, encuentra restringido su objeto sólo a las pensiones congresionales con origen en la Ley 4ª de 1992 -artículo 17- y por extensión legal, a las pensiones de los Magistrados de las Altas Cortes de Justicia, según el Decreto 104 de 1994 -artículo 28-.

Y, diferente es el caso de quien fue Magistrado de Alta Corte luego de haber obtenido el reconocimiento de su pensión de jubilación al amparo de las disposiciones generales de que tratan los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, que luego obtuvo el reajuste de la referida pensión por virtud del Decreto 542 de 1977; a quien de ninguna manera, le asiste el derecho a la reliquidación de la pensión jubilatoria, por aplicación retroactiva del régimen pensional especial posterior, contenido en los Decretos 546 de 1971, 1359 de 1993 y 104 de 1994.

En otras palabras, si el referido Magistrado, obtiene el reconocimiento de su pensión de jubilación, mucho antes de la vigencia de la normativa especial, resulta evidente que su situación pensional se gobierna por el régimen general anterior, que como quedó visto en el recuento normativo, de manera alguna genera comunicabilidad con el *status* remuneratorio de los Legisladores; pues, esa extensión legal de los efectos del régimen de los Congresistas al de Magistrados de las Altas Corporaciones de Justicia, emerge a partir de la Ley 4ª de 1992 y se hace expresa por virtud del Decreto 104 de 1994.

En atención a las anteriores precisiones, procede la Sala a definir la situación particular del accionante.

DE LO PROBADO EN EL PROCESO

Consta en el expediente que por medio de la Resolución No. 457 de 22 de abril de 1977, al actor le fue reconocida la pensión de jubilación a partir del 30 de enero de 1977, en el 75% del promedio mensual de los salarios y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios, en aplicación del artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 y 73 del Decreto 1848 de 1969 con ocasión de las labores cumplidas desde el 19 de febrero de 1942 hasta el 30 de junio de 1976. (Folios 312 a 314).

La Resolución No. 5661 de 3 de octubre de 1986, da cuenta que el demandante solicitó a partir del 16 de enero de 1980, la suspensión del pago de la pensión de jubilación que le había sido reconocida, habida cuenta que aceptó el cargo de Secretario General de la Presidencia de la República (Folios 315 a 317).

Que luego laboró al servicio de la Rama Judicial en calidad de Consejero de Estado desde el 16 de febrero de 1981 hasta el 20 de mayo de 1986; es decir, por el lapso de 5 años y 3 meses. (Folio 310).

Y que el 11 de julio de 1998 pidió el reajuste de dicha pensión, que le fue concedido en atención a que había laborado por un término superior a 2 años al servicio de la Rama Judicial -desde el 21 de mayo de 1985 hasta el 20 de mayo de 1986-, de acuerdo con el régimen especial

contemplado en el artículo 11 del Decreto 542 de 1977²¹; con lo que la pensión de jubilación ascendió a la suma de \$192.889,00, a partir del 21 de mayo de 1986. (Folios 315 a 317).

Luego el 17 de julio de 2001, presentó derecho de petición ante el I.S.S., a fin de que le fuera reliquidada la pensión de jubilación, a partir del 20 de mayo de 1986, fecha en la cual se retiró del Consejo de Estado, con el 75% del ingreso mensual promedio que por todo concepto hubieran devengado los Magistrados de dicha Corporación en ese año, con los respectivos reajustes, de conformidad con lo previsto por el artículo 7º del Decreto 1359 de 1993 en concordancia con el artículo 28 del Decreto 104 de 1994 y del Decreto 47 de 1995. (Folios 28 a 40).

El 18 de julio de 2001 la apoderada del actor instauró Acción de Tutela como mecanismo transitorio contra el I.S.S., solicitando igualmente la reliquidación de la pensión con los reajustes correspondientes, en la búsqueda de la protección a los derechos fundamentales a la vida, la salud, igualdad ante la ley, protección a la tercera edad y a los disminuidos físicos, seguridad social, entre otros; con igual fundamento jurídico al del derecho de petición. (Folios 41 a 57).

El 8 de agosto de 2001, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegó la Acción de Tutela interpuesta, en consideración a que no fue demostrado el perjuicio irremediable, porque si bien el demandante cuenta con avanzada edad y deficiencias en su salud, su supervivencia en condiciones dignas está asegurada con la mesada pensional para solventar sus necesidades personales y el mínimo vital. Además, la procedencia del reajuste alegado, está sometida “... al examen jurídico en sede administrativa y si es del caso, en sede jurisdiccional... mediante la interposición de la respectiva acción y previa negativa del Seguro Social a reconocer el derecho a la reliquidación que se alega que, como se precisó, aún no se verifica porque la petición fue elevada el 17 de julio de 2001 y, para la fecha de presentación de la demanda no transcurría el término que las normas jurídicas vigentes le conceden a la entidad para que proyecte y notifique su respuesta”. (Folios 58 a 64).

El 28 de septiembre de 2001, la Sección Cuarta de esta Corporación desató el recurso de impugnación interpuesto contra la aludida sentencia de tutela, en el sentido de revocarla y conceder la acción como mecanismo transitorio, en consideración a que la situación planteada ha sido objeto de pronunciamiento por la Corte Constitucional quien analizó hechos similares relacionados “con la nivelación de la pensión de jubilación de ex magistrados pensionados con anterioridad a la Ley 4ª de 1992 y que no fueron incorporados dentro del régimen fijado por los decretos 1359 de 1993 y 104 de 1994”, para lo cual el I.S.S., “... deberá adoptar lo necesario para que se ejecute en la forma prevista en la decisión contenida en Sentencia SU-1354/2000, M.P. Doctor Antonio Barrera Carbonell, en lo que corresponda”. (Folios 86 a 102).

La Sentencia SU- 1354 de 2000 a la que remite la anterior decisión, concedió en esa oportunidad la tutela ordenando al I.S.S. que “REVOQUE los actos administrativos que reconocieron la pensión del actor con fundamento en las normas de la Ley 100/93 y, en su lugar PROCEDA, en el término de 48 horas a dictar una nueva resolución en la cual se decida sobre la pensión de jubilación del citado aplicando el régimen normativo especial que cubre a los Congresistas, según lo señalado en la parte motiva de esta providencia”. (Folios 4 a 27).

El 23 de octubre de 2001, la Sección Cuarta de la Corporación aclaró la anterior decisión, en el sentido de que el I.S.S., en el término de 48 horas debía “... dictar una nueva resolución en la cual se decida sobre la pensión de jubilación del actor aplicando el régimen normativo especial que cubre a los Congresistas...”. (Folio 106 a 110).

Fue así como en cumplimiento de la Sentencia de Tutela y de su aclaración, el Instituto profirió la Resolución No. 252 de 21 de enero de 2002 “Por la cual se reliquida una pensión de jubilación en cumplimiento a un fallo del Consejo de Estado”, en la que luego de calcular el valor de la mesada con base en la “certificación de salarios del año 1994”, que reportó Fonprecon, “...toda vez que esta corresponde a la fecha de vigencia del Decreto 104”, se promedió en el 75% que correspondió a la suma de \$3.254.163 mensual y que entre los años 1998 a 2002 arrojó un total de \$369.196.096. Añadió, que como la petición fue formulada el 17 de julio de 2001 aplicaba la prescripción de las mesadas causadas antes del 17 de julio de 1998. (Folios 111 a 114).

A través de la Resolución No. 1422 de 22 de marzo de 2002, el I.S.S., desató el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión, en el sentido de confirmarla. (Folio 122 a 124).

DEL CASO CONCRETO

Hilvanando el recaudo probatorio que obra en el plenario es evidente, que el actor obtuvo el reconocimiento de su pensión de jubilación a partir del 30 enero de 1977, ante el cumplimiento de los requisitos consagrados en la normativa vigente para la época -Decretos 3135 de 1968²² y 1848 de 1969²³-. Posteriormente renunció a dicha pensión para laborar en varios cargos, el último de los cuales fue el de Consejero de Estado, desde el 16 de febrero de 1981 hasta el 20 de mayo de 1986, es decir, por el término de 5 años y 3 meses.

En razón de esta última vinculación laboral, acudió ante el Instituto demandado en búsqueda del reajuste de su pensión jubilatoria en calidad de exConsejero de Estado. A dicho reajuste accedió el demandado, como consta en la Resolución No. 5661 de 1986, en aplicación del Decreto 542 de 1977²⁴, que para ese entonces fijó la remuneración de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial.

Por no estar de acuerdo con el aludido reajuste pensional, en el año 2001 en ejercicio del derecho de petición, solicitó ante el accionado la reliquidación de la pensión con los reajustes respectivos, en acatamiento a lo dispuesto por los Decretos 1359 de 1993, 104 de 1994 y 47 de 1995; dispositivos que regulan el régimen especial de pensiones y reajustes de los Congresistas, que tal como quedó visto, es aplicable a los Magistrados de Altas Cortes.

De igual manera y en la búsqueda de la reliquidación pensional, a la que estimó tenía derecho en consideración a su precario estado de salud, en la misma anualidad, instauró acción de tutela que en segunda instancia fue concedida y que dio origen a la actuación acusada.

Pues bien, de conformidad con lo reseñado en el estudio vertido en párrafos precedentes se establece, que al demandante no le asiste el derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación en el 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devenguen los Congresistas y Magistrados de Altas Cortes en ejercicio de que trata el Decreto 1359 de 1993; habida cuenta, que si bien laboró como Consejero de Estado, lo cierto es, que lo fue en febrero de 1981 y hasta mayo de 1986, es decir, antes de la vigencia de la Ley 4ª de 1992 -18 de mayo de 1992-.

En esta comprensión encuentra la Sala, que no resulta viable la reliquidación de la pensión de jubilación que efectuó el Instituto en la Resolución No. 252 de 2002, en acatamiento a la orden de tutela; pues tal reliquidación se realizó con fundamento en certificación emitida por Fonprecon sobre los salarios que devengaban los Congresistas para el año 1994. Esta anualidad corresponde a la vigencia del Decreto 104, que como se estudió, estatuyó la aplicación del régimen pensional especial de los Parlamentarios a los Magistrados de las Altas Cortes - disposición que fue reiterada por el artículo 28 del Decreto 47 de 1995-, pero valga la pena reiterar, en el entendido, que comprende sólo a aquellos que laboran en tal calidad a partir del 18 de mayo de 1992.

No obstante lo anterior, la Sala no ordenará el reintegro de los pagos efectuados por concepto de la reliquidación pensional así concedida, porque según lo dispuesto por el artículo 83 de la Carta Política, se presume la buena fe en la actuación de los particulares, además de que al interior del proceso no obra prueba en contrario que desvirtúe dicha presunción que opera a favor del actor.

Por lo expuesto, la Sala revocará la decisión del *a quo*, para en su lugar denegar las pretensiones de la demanda encaminadas a la reliquidación de la pensión de jubilación del actuante en el 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devenguen los Congresistas o Magistrados en ejercicio, determinando además, que no se ordenará el reintegro de los dineros que ya percibió el demandante por concepto de la reliquidación pensional ordenada en el acto acusado, porque según lo dispuesto por el artículo 83 de la Carta Política, se presume que fueron percibidos de buena fe.

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

FALLA

Primero: REVÓCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 16 de agosto de 2007, que oficiosamente declaró probada la ineptitud sustantiva de la demanda instaurada por el señor GUSTAVO HUMBERTO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (q.e.p.d.) contra el

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. En su lugar dispone:

Segundo: NIEGÁNSE las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

Reconócese al abogado Carlos Arturo Orjuela Góngora como apoderado de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, en los términos y para los efectos del poder conferido.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

IMPEDIDA

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Ley 33 de 29 de enero de 1985 *“Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público”*, creó el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República en su artículo 14.

2 Se resalta que la Ley 33 de 1985, según lo señala su artículo 25, rige a partir de su sanción, el 29 de enero de 1985.

3 Decreto 546 de 16 de junio de 1971 *“Por el cual se establece el régimen de seguridad social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares”*.

4 En la Sentencia C- 608 de 23 de agosto de 1999, la Corte Constitucional declaró exequible en forma condicionada el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, considerando que el trato especial para los Congresistas en cuanto a su remuneración, tiene origen en el artículo 187 de la Carta Política, por lo que para el mismo Constituyente no resulta indebido que para ellos se establezca en consideración a su función, un régimen diferente al general aplicable a los demás servidores públicos. Estimó además, que mientras el Legislador no consagre disposiciones desproporcionadas o contrarias a la razón, puede prever regímenes especiales en material salarial y prestacional, como el de Senadores y Representantes que *“encuentra justificación en la función atribuida a los miembros del Congreso, en su obligatoria dedicación exclusiva y en la alta responsabilidad que les corresponde, así como en el estricto régimen de incompatibilidades previsto en la Constitución”*.

5 Las expresiones *“durante el último año”, “y por todo concepto”, “Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal”*, fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 7 de mayo de 2013. Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

6 La locución *“por todo concepto”* fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 7 de mayo de 2013. Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

7 Decreto 1359 de 13 de julio de 1993 *“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”*.

8 La Ley 4ª de 1992, en su artículo 22 dispone que rige a partir de la fecha de su promulgación, que lo fue el 18 de mayo de 1992, en el Diario Oficial No. 40451.

9 Se resalta que estos artículos sufrieron modificaciones, en razón de que la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013, declaró la inexecutable de varias expresiones contenidas en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992; por manera, que del artículo 5º se debe excluir la dicción *“ultimo año que por todo concepto”* y del artículo 6º se deben suprimir los vocablos *“durante el último año”* y *“por todo concepto”*.

10 Al respecto debe tenerse en cuenta, que como factores de liquidación de la pensión, sólo pueden tomarse *“aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieran realizado las cotizaciones respectivas al sistema de pensiones”*, de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013 que declaró la inexecutable de las expresiones *“y por todo concepto”* y *“por todo concepto”* contenidas en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 y en consideración a que condicionó la executable del resto de dicha norma bajo ese entendido.

11 Ley 71 de 1988. Artículo 2º *“Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual, ni exceder de quince (15) veces dicho salario; salvo lo previsto en convenciones colectivas, pactos colectivos y laudos arbitrales”*.

12 Se destaca que esta norma igualmente sufrió modificaciones en razón de que la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013, declaró la inexecutable de varias expresiones contenidas en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992; lo que significa, que de su texto se deben excluir las locuciones *“durante el último año”* y *“por todo concepto”*.

13 Tal como la Sección lo consideró en anteriores oportunidades en Sentencia de 29 de mayo de 2003. Expediente 3054-2002. Consejero Ponente Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado; Sentencia de 12 de febrero de 2009. Expediente 1732-2008. Consejera Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez; Sentencia de 14 de octubre de 2010. Expediente 2036-2008. Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila; la edad a la que hace referencia el artículo 7º del Decreto 1359 de 1993, es de 50 años en razón a que no es la indicada en la regla general de la Ley 33 de 1985, sino la señalada en el Parágrafo 2º de su artículo 1º, que remite a la norma especial que rige con anterioridad, que no es otra, que el Decreto 1723 de 1964, que en el literal b) de su artículo 2º, exige la edad de 50 años para efecto de obtener la pensión de jubilación.

14 La referida adición se reprodujo en el artículo 28 del Decreto 34 de 1996 y en el artículo 25 de los Decretos 47 de 1997 y 65 de 1998. En el artículo 25 del Decreto 43 de 1999, fue suprimida la exigencia temporal y de ahí en adelante no se contempló en el artículo 25 de los Decretos 2739 de 2000, 1474 de 2001, 2724 de 2001, 682 de 2002 y 3568 de 2003. Para el año 2004, en el Decreto 4171, no se consagró la preceptiva en los términos antes reseñados, sino que se retomó el artículo 26 del Decreto 43 de 1999, según el cual *“El monto de las cotizaciones para el Sistema General de Pensiones de los Magistrados y de los Procuradores Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado que se encuentren en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, será el establecido para los Senadores y Representantes en el literal a) del artículo 6º del Decreto 1293 de 1997 calculado sobre el ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Magistrados, en el entendido de que el setenta y cinco por ciento (75%) del aporte corresponderá al empleador y el veinticinco por ciento (25%) restante al servidor”*.

15 Destaca la Sala que el Decreto 1293 de 1994 en concordancia con lo establecido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 e invocando el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, estableció el Régimen de Transición de los Congresistas, de empleados del Congreso y del Fondo de Previsión Social del Congreso -Fonprecon-.

El Parágrafo del artículo 3º del Decreto 1293 de 1994 dispone que *“El régimen de transición de que trata el presente artículo se aplicará también para aquellos senadores y representantes que durante la legislatura que termina el 20 de junio de 1994 tuvieron una situación jurídica consolidada al cumplir antes de dicha fecha, veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos en una o diferentes entidades de derecho público incluido el Congreso de la República, o que los hubieran cumplido y cotizado en parte en el sector privado y ante el Instituto de Seguros Sociales en cualquier modalidad. En cuanto a la edad de jubilación se aplicará lo dispuesto en el literal b) del artículo 2º del Decreto 1723 de 1964, es decir que tales congresistas, una vez cumplido el tiempo de servicios aquí previsto podrán obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación a la edad de cincuenta (50) años”*.

16 Ley 100 de 1993 *“Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones”*. Esta Ley empezó a regir el 1º de abril de 1994.

17 Decreto 691 de 29 de marzo de 1994 *“Por el cual se incorporan los servidores públicos al Sistema General de Pensiones y se dictan otras disposiciones”*.

18 Que como líneas atrás se indicó, en la Sentencia C-258 de 2013, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en las expresiones *“durante el último año y por todo concepto”*, *“Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal”*, contenidas en el primer inciso de su artículo 17 y la expresión *“por todo concepto”* contenida en su parágrafo.

19 Disposiciones que por virtud de la integración normativa con la ley marco, deben entenderse con las modificaciones introducidas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013; es decir, que como factores de liquidación de la pensión, sólo pueden tomarse *“aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieran realizado las cotizaciones respectivas al sistema de pensiones”*, además, con un tope pensonal de 25 s.m.l.m.v., desde el 1º de julio de 2013.

20 Es así como la referida Sentencia C-258 de 2013, al fijar su objeto, expresamente señala que *“En este caso los demandantes solicitan a la Corte declarar que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 es contrario al derecho a la igualdad y al Acto Legislativo 01 de 2005. La disposición acusada, prevista inicialmente para los Congresistas, es aplicable igualmente a otros servidores públicos en virtud de distintas normas: entre ellos se encuentran los Magistrados de Altas Cortes -artículo 28 del Decreto 104 de 1994- y ciertos funcionarios de la Rama Judicial, el Ministerio Público (...). En este orden de ideas, el análisis de constitucionalidad que se llevará a cabo en esta providencia se circunscribe al régimen pensional especial previsto en el precepto censurado, el cual es aplicable a los Congresistas y los demás servidores ya señalados. Por tanto, en este fallo no se abordará la constitucionalidad de otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y del Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo (...). En consecuencia, lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados”*.

21 Decreto 542 de 10 de marzo de 1977 *“Por el cual se fija la remuneración para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público y se dictan otras disposiciones”*. Artículo 11. *“El reintegro a un cargo de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público de quien esté disfrutando de pensión de jubilación o de vejez, solo da derecho al reajuste de la misma cuando se haya trabajado por lo menos durante dos años continuos en el nuevo cargo”*.

22 Decreto 3135 de 1968. Artículo 27. *“Pensión de jubilación o vejez. El empleado público o trabajador oficial que sirva 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio (...)”*.

23 Decreto 1848 de 1969. Artículo 73. *“Cuantía de la pensión. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al 75% del promedio de los salarios y prima de toda especie percibidos en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el estatus jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin”*.

24 Decreto 542 de 1977. "Por el cual se establece el régimen de seguridad social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares". Artículo 11. "El reintegro a un cargo de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público de quien esté disfrutando de pensión de jubilación o de vejez, solo da derecho al reajuste de la misma cuando se haya trabajado por lo menos durante dos años continuos en el nuevo cargo".

Relatoria JORM/Lmr.

Fecha y hora de creación: 2024-10-08 19:01:27