

**PENSION DE JUBILACIÓN ISS / RELIQUIDACIÓN – Solicitud procedente /
MAGISTRADO ALTA CORTE / REGIMEN DE TRANSICIÓN – Procede no
obstante se carezca de vínculo laboral al entrar en vigencia la Ley 100 de
1993 / COMPETENCIA / NORMATIVIDAD APLICABLE / PROCURADOR
DELEGADO ANTE ALTA CORTE**

dolores maria de la cruz de pastrana, actuando en nombre propio, solicita el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a partir del 20 de marzo de 1998, en cuantía del 75% de los ingresos percibidos durante el último año de servicios en calidad de Procuradora Delegada ante el Consejo de Estado, y la declaración de que dicha pensión, por disposición legal, no está sujeta al tope del régimen ordinario de pensiones. Para acceder a los beneficios del régimen de transición sólo se requiere tener la edad o el tiempo de servicios consagrados en la norma, sin que pueda entenderse que existen otros requisitos adicionales a los ya citados. Como el I.S.S. le dio a la Ley un alcance que no tiene para la viabilidad del régimen de transición indudablemente incurrió con este proceder en una práctica discriminatoria pues a pesar de que el trabajador cumple los requisitos legales exigidos se le despoja de los beneficios del régimen vulnerándosele así sus derechos. El “régimen anterior al cual se encuentre afiliado”, exigido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, no se puede entender como sinónimo de vínculo laboral vigente, ya que es posible que antes de la expedición de la citada ley se tengan 15 o más años de servicios cotizados y por diversas circunstancias se carezca de vínculo laboral a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Esta situación no es un impedimento para acceder al beneficio que la ley establece. En el caso que ocupa la atención de la Sala se encuentra acreditado que la demandante nació el 26 de enero de 1940 por lo que para el 1 de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia la ley 100 de 1993, tenía más de 35 años de edad e indudablemente estaba cobijada por las prerrogativas del régimen de transición. Los conflictos relacionados con los regímenes de excepción establecidos en el artículo 279 de la ley 100 de 1993 no fueron asignados por el legislador a la justicia ordinaria laboral, “por tratarse de regímenes patronales de pensiones o prestaciones que no constituyen un conjunto institucional armónico ya que los derechos allí regulados no tienen su fuente en cotizaciones ni en la solidaridad social, ni acatan las exigencias técnicas que informan el sistema de seguridad social integral...”. Además de este régimen exceptivo expreso en criterio de la Sala, también deben excluirse del conocimiento de la jurisdicción ordinaria laboral los regímenes de transición previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ya que tampoco hacen parte del sistema de seguridad social integral por referirse a la aplicación de normas anteriores a su creación. Así las cosas, los conflictos jurídicos sobre prestaciones sociales de los empleados públicos cobijados por el régimen de transición de pensiones, en criterio de la Sala, están excluidos de la competencia de la jurisdicción ordinaria pues de ellos conoce el juez natural competente según la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controvierten, sin que ello tenga porqué originar conflictos de jurisdicciones entre la ordinaria y la contenciosa administrativa. No basta con que el Procurador Delegado adquiera el derecho a pensión, esto es, que concurran los requisitos de edad y tiempo de servicios exigidos por la ley; además, es necesario que la concurrencia de tales factores se presente cuando esté desempeñando sus funciones ante la Corte Suprema de Justicia o ante el Consejo de Estado, como sucede en este caso de acuerdo con las pruebas allegadas. Está probado que la demandante se encontraba en régimen de transición – artículo 36 de la ley 100 de 1993 – y si bien es cierto no estaba prestando servicios a la Procuraduría General de la Nación para el 1 de abril de 1994, pues ingresó a laborar el 23 de septiembre de 1993, también lo es que el Decreto 043 de 1999 no es de aplicación en el sub lite porque la actora se retiró del servicio el 20 de marzo de 1998, cuando aun no

estaba vigente dicha normatividad porque el Decreto fue expedido el 8 de enero de 1999. La pensión de los Magistrados de las Altas Cortes, en acatamiento de lo señalado en el artículo 17 de la ley 4 de 1992, no podrá ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que devenguen los Congresistas por todo concepto durante el último año.

NOTA DE RELATORIA: Cita sentencias del Consejo de Estado de 10 de abril de 1997, proceso 12031; sentencia de 31 de agosto de 2000, M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, Expediente 16717, Actor Martha Abigail Contreras; Sentencia de 31 de agosto de 2001, Sección Segunda, Ponente, Dr. ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO; de la Corte Constitucional, sentencias T- 543/01, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño; C-1027 de 27 de noviembre de 2002, M.P. Dra. Clara Inés Vargas H. y C- 608 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández. De la Corte Suprema de Justicia (Sala Laboral), sentencia de 4 de diciembre de 2002, M.P. Dr. Carlos Isaac Nader, Expediente 19069, actor: Alvaro Antonio Franco Bedoya

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE

Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de dos mil tres (2003)

Radicación número: 25000-23-25-000-2000-1227-01(0581-02)

Actor: DOLORES MARIA (LOLA) DE LA CRUZ DE PASTRANA

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

AUTORIDADES NACIONALES.-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 27 de julio de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió a las súplicas de la demanda incoada por DOLORES MARIA (LOLA) DE LA CRUZ DE PASTRANA contra el Instituto de Seguros Sociales.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad parcial de la Resolución No. 00059 del 15 de enero de 1999, por la cual la Coordinadora Nacional de Atención al Pensionado del ISS le reconoció a la actora la pensión de jubilación solicitada; la nulidad parcial de la Resolución No.001827A del 4 de mayo de 1999, expedida por la misma entidad, mediante la cual, al desatar el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución anterior, se modificó lo concerniente al monto de la pensión; y la nulidad parcial de la Resolución No. 04848 del 23 de septiembre de 1999, por la cual el Gerente Nacional de Atención al Pensionado del ISS resolvió el recurso de apelación contra la Resolución No. 00059 del 15 de enero modificándola en la parte concerniente al ingreso base de liquidación y a la cuantía mensual inicial de la pensión.

Como consecuencia solicitó la actora condenar al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a reconocerle y pagarle una pensión de jubilación a partir del 20 de marzo de 1998 en cuantía del 75% de los ingresos percibidos durante el último año de servicios, en calidad de Procuradora Delegada ante el Consejo de Estado, declarando expresamente que esta pensión, por disposición legal, no está sujeta al régimen ordinario de pensiones, pagando las diferencias que resulten de las mesadas que se hayan cancelado con anterioridad a la fecha de cumplimiento de la sentencia, con los reajustes anuales que ordena la ley, y los ajustes de valor conforme al índice de precios al consumidor, tal como lo autoriza el artículo 178 del C.C.A. Se dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A..

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

El 3 de julio de 1996 quedó radicada formalmente la solicitud de reconocimiento y pago de pensión de jubilación que presentó ante el Instituto de Seguros Sociales.

El ISS sólo le reconoció como tiempo de servicios el prestado a la Procuraduría General de la Nación entre el 23 de septiembre de 1994 y el 31 de diciembre de 1994, desconociendo el tiempo laborado como Procuradora Delegada ante el Consejo de Estado, entre enero de 1995 y marzo de 1998.

Para la fecha en que formuló la solicitud de reconocimiento y pago de su pensión estaba cobijada por el régimen de excepción dispuesto para los Magistrados de las Altas Cortes Judiciales y el régimen excepcional previsto para los Congresistas

en la Ley 4ª de 1992.

Mediante la Resolución No. 0059 del 15 de enero de 1999 el ISS le reconoció la pensión de vejez solicitada, a partir del 20 de marzo de 1998 y en cuantía de \$1.402.702.

Contra esta resolución interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, los cuales fueron resueltos mediante las resoluciones Números 01827A del 4 de mayo de 1999 y 04848 del 23 de septiembre de 1999, respectivamente, que modificaron la providencia recurrida en lo que tiene que ver con el monto de la pensión, en la que se tomó como base de liquidación la suma de \$2.212.635 y no la de \$10.098.578, que correspondía al último salario por ella devengado en calidad de Procuradora Delegada ante el Consejo de Estado.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:

Constitución Política, artículos 1, 13, 25, 48, 53 y 280; Ley 4ª de 1992, artículos 16 y 17; Ley 201 de 1995, artículo 79; Decreto 691 de 1994; Decreto 104 de 1994, artículo 28; Decreto 1359 de 1994, artículo 5; Decreto 34 de 1996, artículo 28; Decreto 47 de 1995, artículo 28; Decreto 47 de 1997, artículo 25; Decreto 64 de 1998, artículo 25; Decreto 1420 de 1994, artículo 1 y Decreto 1450 de 1998.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda (fls. 119 a 142). Manifestó que en el presente caso se debió aplicar el régimen especial para los Magistrados de las Altas Corporaciones contemplado en los Decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994, que consagran disposiciones pensionales para los Congresistas.

Agregó que el Decreto 043 de 1999 no es de aplicación al caso sub judice pues la actora se retiró del servicio el 20 de marzo de 1998 y dicha norma entró en vigencia el 8 de enero de 1999.

Concluyó que la accionante tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de jubilación a partir del 20 de marzo de 1998, fecha en la cual se retiró del servicio, en cuantía equivalente al 75% de los ingresos percibidos durante el último año de servicios en su calidad de Procuradora Delegada ante el Consejo de Estado, según lo señalado en el decreto 104 de 1994, concordante con los Decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994, sin que esté sujeta al tope del régimen ordinario de pensiones.

EL RECURSO

La parte demandada interpuso recurso de apelación (fls. 153 a 158). Manifestó que el Tribunal debió declarar la excepción de falta de jurisdicción pues la regla de competencia establecida en la ley 362 de 1997 remite a la jurisdicción ordinaria los conflictos entre las entidades de seguridad social y sus afiliados.

Sobre el fondo del asunto expuso que para el reconocimiento de la pensión no era viable aplicar el régimen excepcional previsto para lo Congresistas en los Decretos 1359 de 1993, 1293 de 1994 y 1220 de 1994 porque tanto la liquidación como el ingreso base de liquidación que le corresponden son los contemplados en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones la accionante no tenía la condición de funcionaria pública.

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

CONSIDERACIONES

DOLORES MARIA DE LA CRUZ DE PASTRANA, actuando en nombre propio, solicita el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a partir del 20 de marzo de 1998, en cuantía del 75% de los ingresos percibidos durante el último año de servicios en calidad de Procuradora Delegada ante el Consejo de Estado, y la declaración de que dicha pensión, por disposición legal, no está sujeta al tope del régimen ordinario de pensiones.

DE LOS ACTOS ACUSADOS

Mediante la Resolución No. 00059 del 15 de enero de 1999 (fl.1), la Coordinadora Nacional de Atención al Pensionado del ISS, resolvió reconocer a favor de la señora DE LA CRUZ DE PASTRANA pensión de vejez en cuantía de \$1.402.702, a partir del 20 de marzo de 1998, cuando se retiró definitivamente del servicio, teniendo como ultimo empleador a la Procuraduría General de la Nación.

Según el ISS, si bien la peticionaria cumplía el requisito exigido para estar en transición, a 31 de marzo de 1994 no se encontraba vinculada laboralmente con ninguna entidad del Estado y por ello no puede ser beneficiaria del régimen contemplado en la ley 33 de 1985 ni del señalado para los Congresistas en los Decretos 1359 de 1993, 1293 de 1994, concordante con el Decreto 1420 de 1994, pues de las pruebas obrantes en el expediente se establece que su última vinculación laboral, anterior a la fecha citada, fue el 30 de septiembre de 1993, en la Tesorería de Santafé de Bogotá.

No es dable darle aplicación al Decreto 2143 de 1995 toda vez que este solamente es procedente para aquellos servidores públicos que acrediten mínimo 20 años de labores con entidades del Estado al 23 de diciembre de 1993, fecha de vigencia de la Ley 100 de 1993, condiciones que no demuestra porque a la fecha señalada tenía 19 años, 5 meses y 26 días de servicio.

Para liquidar su pensión se tuvo en cuenta el promedio de lo devengado o cotizado por ella durante los últimos 10 años, actualizado con el índice de precios al consumidor (IPC). La distribución que se tuvo en cuenta entre las entidades del Estado y el ISS, a prorrata del tiempo laborado y cotizado fue el siguiente:

ENTIDAD	DIAS	VALOR	%
ISS		3.105	\$586.048
41.78			
Caja Pre. Soc. Guajira		856	\$161.451
11.51			
Caja Pre. Soc. Santafé de Bogotá	1.835	\$346.187	
24.68			
Cajanal	971	\$183.193	
13.06			

Almagrario	569	\$107.307
7.65		
Procuraduría	98	\$ 18.516
1.32		

Por Resolución No.001827A del 4 de mayo de 1999, (fl.6) la Coordinadora de Atención al Pensionado del ISS al desatar el recurso de reposición modificó la Resolución No. 00059 del 15 de enero en el sentido de señalar como monto de la pensión \$1.444.574 y no el establecido en la resolución recurrida.

Contra la anterior decisión la actora interpuso recurso de apelación argumentando que para la época de su retiro se hallaba desempeñando el cargo de Procuradora Delegada ante el Consejo de Estado, por lo que es acreedora a una pensión especial de vejez toda vez que el artículo 280 de la Constitución Política señala que los agentes del Ministerio Público, como lo son los Procuradores Delegados ante el Consejo de Estado, tienen las mismas calidades, categorías, remuneración, derechos y prestaciones de los Magistrados ante quienes ejerzan el cargo.

El recurso fue desatado mediante la resolución No. 04848 de 23 de septiembre de 1999 (fl.11), que modificó las resoluciones números 00039 del 15 de enero de 1999 y 01827A del 4 de mayo de 1999 (fl.11) para establecer como ingreso base de liquidación de la pensión la suma de \$2.212.635, como cuantía mensual inicial la suma de \$1.526.718 y para 1999 \$1.781.680.

Sobre el tema en discusión expuso el ISS que la disposición vigente es el Decreto No. 043 de 1999, que en su artículo 25 estableció que los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado que al 1º de abril de 1994 desempeñaban sus cargos en propiedad y cumplían las condiciones previstas por el inciso segundo 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.

Como la asegurada se vinculó a la Procuraduría General de la Nación el 23 de

septiembre de 1994, obviamente para la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1º de abril de 1994), por expresa disposición del artículo 151 de la ley 100 de 1993, no ostentaba el cargo de Procuradora Delegada ante el Consejo de Estado, razón por la cual no es viable el reconocimiento de la pensión especial que solicita.

DEL TIEMPO DE SERVICIO

Con el certificado expedido por el Jefe de la Sección de Nómina y Registro de la Procuraduría General de la Nación (fl.20) quedó acreditado que la demandante ingresó a esa entidad el 23 de septiembre de 1994 al cargo de Procuradora Novena ante lo Contencioso Administrativo, el que ejerció hasta el 20 de marzo de 1998, fecha a partir de la cual le fue aceptada la renuncia mediante Decreto No. 0280 de 13 de marzo de 1998.

Igualmente laboró al servicio de la Alcaldía Mayor de Bogotá, Distrito Capital del 6 al 20 de febrero de 1962 y del 5 de marzo de 1962 al 26 de abril de 1966; para el Departamento de la Guajira del 31 de agosto de 1966 al 1º de enero de 1967, del 2 de enero de 1967 al 4 de julio de 1967 y del 16 de febrero de 1967 al 30 de agosto de 1978; en el Ministerio de Agricultura del 20 de marzo de 1968 al 22 de abril de 1969; en Almagrario desde el 2 de enero de 1975 hasta el 1º de agosto de 1976; en el Ministerio de Relaciones Exteriores del 7 de agosto de 1981 al 18 de abril de 1983; nuevamente en la Alcaldía de Bogotá del 2 de febrero de 1992 al 30 de septiembre de 1993.

EL REGIMEN DE TRANSICIÓN

El primero de los puntos a dilucidar en el presente proceso es el régimen pensional aplicable a la demandante y por ende la jurisdicción competente para desatar la controversia.

La Ley 100 de 1993 creó el Sistema de Seguridad Social Integral, que supone la existencia de un conjunto institucional normativo y procedimental para la protección de las contingencias por él cubiertas. Dentro de este régimen de pensiones coexisten el régimen solidario de prima media con prestación definida, en el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen prestaciones económicas previamente fijadas, independientemente de las cotizaciones que lleguen a

acumularse; y el régimen de ahorro individual con solidaridad, en el que tanto los aportes como sus rendimientos se capitalizan de manera individual en fondos privados.

En el régimen solidario de prima media con prestación definida la pensión de vejez se obtiene por haber cumplido 55 años de edad las mujeres o 60 años de edad los hombres y por haber cotizado un mínimo de 1000 semanas en cualquier tiempo. De este régimen se excluyen las excepciones previstas en el artículo 279, el régimen de transición consagrado en el artículo 36 y aquellos que hayan consolidado su derecho antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993.

En el régimen de ahorro individual con solidaridad los afiliados tienen una cuenta individualizada, en la cual se abona el valor de sus cotizaciones y las de su empleador, las cotizaciones voluntarias, los bonos pensionales, los subsidios del Estado si los hubiere, y los rendimientos que genere la cuenta individual.

El régimen de transición, previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es un beneficio que la ley expresamente reconoce a los trabajadores del régimen de prima media con prestación definida. Consiste en que 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 tenían 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

El inciso final del citado artículo 36 respetó los derechos adquiridos con base en regímenes pensionales anteriores, estableciendo que quienes a la fecha de vigencia de la ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez de acuerdo con normas favorables anteriores, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieran tales requisitos.

De lo anterior se desprende que para ser beneficiario del régimen de transición es necesario estar en una de las siguientes situaciones:

- 1.- Haber cumplido 35 años o más, si es mujer, o 40 o más, si es hombre,

en el momento en que entró en vigencia la ley y haber estado en ese momento afiliado a un régimen pensional.

2.- Tener en el momento de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 15 o más años de servicio cotizados y estar afiliado también en ese momento a un régimen de transición.

En el caso de la demandante el ISS consideró y descartó la aplicabilidad del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, argumentando que si bien cumplía el requisito exigido para estar en transición, a 31 de marzo de 1994 no se encontraba vinculada laboralmente con ninguna entidad del Estado para que pudiera beneficiarse del régimen contemplado en la Ley 33 de 1985 o del señalado para los Congresistas en los decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994, concordante con el decreto 1420 de 1994, para tener derecho a la pensión de jubilación con las prerrogativas establecidas para esta clase de funcionarios, toda vez que de las pruebas obrantes en el expediente se establece que su última vinculación laboral, anterior a la fecha citada, fue el 30 de septiembre de 1993, a la Tesorería de Santafé de Bogotá.

En otras palabras, el régimen de transición no le resultaba aplicable por cuanto a la fecha de entrada en vigencia de la ley no se encontraba afiliada a ninguna entidad de seguridad social.

Esta determinación la tomó la entidad demandada con base en lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 596/97 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, al resolver la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 36 (parcial) de la ley 100 de 1993. En esa oportunidad la Corte sostuvo:

“ 4.2 Derechos adquiridos y expectativas de derecho en materia de seguridad social.

Justamente por cuanto los derechos a la seguridad social no se tienen por el simple hecho de ser persona humana, como sí sucede con los derechos fundamentales o derechos de primera generación, para ser titular de ellos es necesario acreditar el cumplimiento de los requisitos que la ley, de manera general, impone para adquirirlos. Cuando, en vigencia de la ley que señala tales requisitos, estos llegan a cumplirse, se habla de derecho adquirido en materia de seguridad

social. Cuando, por el contrario, durante el término de vigencia de la ley que prescribe tales condiciones, la persona que aspira a la titularidad de ellos está en vía de cumplirlas, se habla de expectativa de derecho.

Las consecuencias jurídicas en uno y otro supuesto son bien distintas : los derechos adquiridos, al tenor del artículo 58 la Carta Política, no pueden ser desconocidos por leyes posteriores ; no así las simples expectativas de derecho.

Para el caso concreto de las personas a las que se refiere la norma demandada, esto es las personas beneficiarias del régimen de transición al que se ha hecho referencia en esta Sentencia, resulta evidente que, por cuanto ellas, al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993 no habían cumplido aún con los requisitos exigidos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez por el régimen pensional al cual estuvieran afiliadas, no habían adquirido ningún derecho en tal sentido, y sólo tenían al respecto una expectativa de derecho.

En relación con los beneficios derivados del régimen de transición a que se refiere el artículo 36 parcialmente demandado, y sobre el tema que ahora se analiza, esta Corporación, en Sentencia C-168 de 1995 (M.P. Doctor Carlos Gaviria Díaz), expuso los siguientes criterios :

“Dado que en la ley 100 de 1993 se modifican algunos de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, se establece en el inciso segundo del artículo 36, materia de acusación, un régimen de transición que da derecho a obtener ese beneficio mediante el cumplimiento de los requisitos de edad, tiempo de servicio, o semanas cotizadas estatuidas en la legislación anterior, para las personas que a la fecha de entrar a regir el nuevo sistema de seguridad social, tengan 35 años o más de edad si son mujeres, y 40 o más años de edad si son hombres; o a quienes hayan cumplido 15 o más años de servicios cotizados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para obtener tal derecho son los contenidos en las disposiciones de la nueva ley.

“...

“Adviértase, cómo el legislador con estas disposiciones legales va más allá de la protección de los derechos adquiridos, para salvaguardar las expectativas

de quienes están próximos por edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas a adquirir el derecho a la pensión de vejez, lo que corresponde a una plausible política social que, en lugar de violar la Constitución, se adecúa al artículo 25 que ordena dar especial protección al trabajo.”

De esta manera, se encuentra ya definido por la Corte que el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no resulta lesivo de derechos adquiridos, sino que, al contrario, propugna por proteger lo que tan sólo son expectativas de derecho de ciertos trabajadores.

Establecido lo anterior, pasa la Corte a estudiar los cargos concretos de violación constitucional que se señalan en la demanda.

4.3 Presunta violación del principio de igualdad

En cuanto al cargo de violación del artículo 13 de la Constitución Política que esgrimen los demandantes, para quienes, la expresión demandada supone que “quedarían por fuera un sinnúmero de personas que por casualidad, por mala suerte o por cualquiera otra circunstancia, como despido con indemnización, no se encontraban trabajando con el Estado pero que llevaban más de quince (15) años a su servicio y perdían su derecho a pensionarse a los cincuenta (50) o los (55) años, así posteriormente completaran su tiempo de servicio de veinte (20) años, frente a los que si estaban trabajando, lo que implica una discriminación odiosa de la ley 100, al violar flagrantemente el artículo 13 de nuestra Norma de Normas ...”, ya anteriormente se ha dicho que tales conclusiones no se pueden extraer del texto de la norma demandada, puesto que el tiempo de servicio de los servidores públicos remunerados, prestado en cualquier tiempo, es tenido en cuenta por varios artículos de la Ley 100 para efectos de conceder el derecho a la pensión de jubilación de tales funcionarios, incluso cuando al momento de entrar en vigencia el nuevo sistema no estaban vinculados laboralmente con ninguna entidad oficial, ni afiliados a ningún régimen de pensiones.

Y en cuanto a la posibilidad de pensionarse a los 50 o 55 años, según se trate de mujeres o de hombres, de igual manera, la norma contenida en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, de manera general establece que tal es la edad a la cual se adquiere el derecho a esa prestación, salvo que la persona no haya alcanzado a

cumplirla el primero de enero del año 2014, pues entonces deberá acreditar 57 o 62 años cumplidos para poder pensionarse, dependiendo de que se trate de una mujer o de un hombre, respectivamente. Luego los servidores públicos que al entrar a regir la nueva ley tuvieran 35 o 40 años o más, estuvieran o no afiliados en ese momento a algún sistema pensional, se jubilarán a la edad de 55 o 60 años, dependiendo del sexo, como tantas veces se ha explicado.

Carece por tanto de fundamento la acusación de violación del principio de igualdad que esgrimen los actores, ya que el supuesto del cual parten no tiene fundamento legal.

La única diferencia que se plantea entre los servidores públicos afiliados a un sistema pensional en el momento en que entró a regir la nueva ley, y los que accidentalmente no lo estaban por hallarse en período de cesantía, como es el caso que proponen los actores, radica en que los primeros se pensionarán de conformidad con los requisitos y en las condiciones del régimen al que estaban afiliados, y los otros de conformidad con el régimen general de la Ley 100 de 1993.

En efecto, como arriba se dijo, quienes a la fecha de entrada en vigencia de la ley se encontraban trabajando y adscritos a un determinado régimen pensional, no tenían propiamente un derecho adquirido a pensionarse según los requisitos establecidos por ese régimen ; tan solo tenían una expectativa de derecho frente a tales condiciones o exigencias. No obstante, la nueva ley de seguridad social les concedió el beneficio antes explicado, consistente en la posibilidad de obtener la pensión según tales requisitos. Obviamente, la Ley 100, justamente en la expresión demandada, exigió que los acreedores a tal beneficio estuvieran afiliados a algún régimen pensional. No podía ser de otra forma, porque de lo contrario, se pregunta la Corte : ¿Cuáles serían los requisitos o condiciones más favorables que se harían prevalecer frente a las exigencias de la nueva ley ? Si la persona no estaba vinculada a ningún régimen pensional, no existía ni siquiera la expectativa de derecho a pensionarse según determinados requisitos, que por simple sustracción de materia eran imposibles de precisar.

Luego, 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”.

Frente a esta posición el Consejo de Estado, en sentencia de 10 de abril de 1997 dictada en el proceso N0. 12031, al juzgar el artículo 3 del Decreto 1160 de 3 de junio de 1994, por el cual se reglamenta el artículo 36 de la ley 100 de 1993, declaró la nulidad del inciso 2 del artículo demandado, por contener disposiciones restrictivas.

El inciso disponía:

“Los trabajadores que no estaban vinculados laboralmente a 31 de marzo de 1994, solamente serían beneficiarios del régimen de transición siempre y cuando en la última entidad en la cual estuvieren vinculados hubieran cotizado al I.S.S., en cuyo caso mantendrán las condiciones de edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de las pensiones establecidas en el régimen vigente en el Instituto a 31 de marzo de 1994.”

La Sala declaró la nulidad del inciso argumentando que del examen de la ley 100 de 1993 se observa con nitidez que la ley no exigía a quienes no estaban vinculados laboralmente a la vigencia de la misma, y menos a 31 de marzo de 1994, haber cotizado al I.S.S. para ser beneficiarios del régimen de transición.

De otra parte el Consejo de Estado, en sentencia de 31 de agosto de 2000, M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, Expediente No. 16717, Actor Martha Abigail Contreras, al decidir la demanda de nulidad presentada contra el Decreto 813 del 21 de abril de 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por medio del cual se reglamentó el art. 36 de la ley 100/93, declaró la nulidad de las expresiones subrayadas, contenidas en el artículo 1 del Decreto 813 de 1994, así:

“ Art. 1. Campo de aplicación del régimen de transición. El régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, será aplicable a las pensiones de vejez y jubilación de todos los trabajadores vinculados con empleadores o empresas del sector privado que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, de los servidores públicos con vinculación contractual, legal o reglamentaria, de los trabajadores independientes y de los afiliados obligatorios o facultativos del Instituto de Seguros Sociales...”

Los argumentos que expuso la Corporación para decretar la nulidad de las expresiones subrayadas del artículo 1 del Decreto 813/94 fueron los siguientes:

“El régimen de transición es un beneficio que la ley otorga a las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se siguen por lo establecido en el régimen anterior al cual se encuentran afiliados.

En ese orden, frente a las hipótesis previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es indispensable que a la entrada en vigencia, el beneficiario tenga treinta y cinco (35) años o más de edad si es mujer, o cuarenta (40) o más años de edad si es hombre, o quince (15) o más años de servicios cotizados.

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 servicio cotizados y por circunstancias, a la entrada en vigencia del régimen, el interesado no tenga un 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.

La Ley 100 de 1993 en el artículo 36, al establecer el régimen de transición dispone que 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 años o más de edad si son mujeres o cuarenta o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será el establecido en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Uno es el régimen de seguridad social en pensiones anterior al cual se encuentren afiliados y otra es la situación relacionada con el vínculo laboral del servidor. Las condiciones para acceder al régimen de transición en materia de pensiones, son independientes del vínculo laboral.

Dicho régimen, se aplica a los trabajadores, tanto del sector privado como del público.

En ese orden, el artículo 1º del Decreto 813 de 1994, al señalar el campo de aplicación y prever como destinatarios del mismo a "... todos los trabajadores vinculados con empleadores o empresas del sector privado que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, de los servidores públicos con vinculación contractual, legal o reglamentaria, de los trabajadores independientes y de los afiliados obligatorios o facultativos del Instituto de Seguros Sociales, se excede en el ejercicio de la potestad reglamentaria, por lo siguiente:

Como antes se dijo, son beneficiarios del régimen de transición todos los trabajadores del sector público y privado que cumplan los presupuestos señalados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dicho artículo no hace distinción de ninguna índole, salvo las personas que al entrar en vigencia la ley, voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, ni a quienes hayan escogido dicho régimen y decidan cambiarse al de prima con prestación definida, tal como lo prevén los incisos cuarto y quinto del mencionado artículo 36, de lo contrario, se repite, cobija a todos los habitantes del territorio nacional "... de los sectores público, oficial, semioficial en todos sus órdenes, del Instituto de los Seguros Sociales y del sector privado en general". (Art. 11 de la Ley 100 de 1993).

El artículo 1º del Decreto 813 de 1994, al señalar el campo de aplicación del régimen en mención, lo está limitando a "... los trabajadores vinculados con empleadores o empresas del sector privado que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, de los servidores públicos con vinculación contractual, legal o reglamentaria...", excluyendo a los demás y contradice las disposiciones del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues como se dijo el régimen se aplica a todos los servidores del territorio nacional, mientras que el artículo primero lo restringe a los sectores allí indicados".

A su vez la Corte Constitucional, en sentencia T- 543/01, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño, al resolver la acción de tutela incoada por José Enrique Gaviria Liévano contra el Ministerio de Relaciones Exteriores y el I.S.S., en punto al régimen de transición sostuvo:

“3. Al examen de la resolución 023836 del 17 de noviembre de 1999, se aprecia que la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de acuerdo con el régimen anterior a la Ley 100 ni siquiera fue considerada por el Instituto de Seguros Sociales. No se tuvieron en cuenta ni el sentido de esa solicitud, ni los argumentos del actor, ni se indicaron los motivos por los cuales se descartaba el reconocimiento de la prestación invocada. Ante tal proceder, el actor optó por recurrir ese acto administrativo insistiendo en su solicitud a pesar de que desconocía los argumentos con base en los cuales se le sometió a un régimen pensional diferente del que esperaba.

Con esta actitud, el peticionario no sólo vio frustrada su fundada expectativa de que se le reconociera una prestación económica con base en el régimen anterior a la Ley 100, sino que además se le excluyó de ella sin hacerle conocer los motivos por los cuales la administración no consideraba aplicable tal régimen. El Instituto de Seguros Sociales entró a considerar directamente la improcedencia del régimen de transición pero no estableció si el peticionario satisfacía los requisitos para acceder a la pensión de jubilación que pretendía. Es decir, se le sometió a un acto de poder que ni siquiera consideró la necesidad de argumentar en lo más mínimo para negar la prestación invocada.

Con ese proceder, el Instituto de Seguros Sociales desconoció que la motivación de las decisiones es una manifestación del debido proceso en cuanto permite advertir que aquella no es fruto de un simple ejercicio de poder sino de una argumentación fundada en supuestos fácticos y normativos que permiten conocer, y si es el caso controvertir, por qué se acepta o rechaza la pretensión esgrimida.

4. Por otra parte, el Instituto de Seguros Sociales consideró y descartó la viabilidad del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 argumentando que si bien el actor cumplía los requisitos allí indicados, ese régimen no resultaba aplicable por cuanto a la fecha de entrada en vigencia de esa ley no se encontraba afiliado a entidad alguna de seguridad social.

Con esa interpretación se le da a la ley un alcance que no tiene pues ella no exige, para la viabilidad del régimen de transición, que el peticionario, al momento de entrada en vigencia de la ley se encuentre afiliado a una entidad de seguridad social. La referencia a "la caja, fondo o entidad a que se encuentra afiliado" contenida en el artículo 6º del Decreto 813 de 1994 es una alusión a los servicios

prestados o cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 y no a la existencia de un vínculo laboral. De lo contrario, resultaría que un trabajador que cumpla con uno de los requisitos alternativos a los que se sometió la procedencia del régimen de transición, puede quedar excluido de los beneficios implícitos en ese régimen por el solo hecho de no tener un vínculo laboral al momento de entrada en vigencia de esa ley.

Con esa óptica se somete la viabilidad del régimen de transición a un presupuesto no previsto en la ley y se incurre en una práctica discriminatoria pues, a pesar de que un trabajador cumpla los requisitos legalmente exigidos, se lo despoja de los beneficios implícitos en ese régimen y, por esa vía, se propicia la vulneración de sus derechos fundamentales de igualdad y de seguridad social, éste último bajo la forma de una prestación económica vinculada a la realización del ser humano como un ser dotado de dignidad.

5. Esta línea argumentativa, orientada a propiciar el respeto de los derechos fundamentales de los pensionados y a evitar la implementación de exigencias adicionales no previstas por el legislador, ha sido desarrollada también por el Consejo de Estado:

"El régimen de transición es un beneficio que la ley otorga a las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se siguen por lo establecido en el régimen anterior al cual se encuentran afiliados.

En ese orden, frente a las hipótesis previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es indispensable que a la entrada en vigencia, el beneficiario tenga treinta y cinco (35) años o más de edad si es mujer, o cuarenta (40) o más años de edad si es hombre, o quince (15) o más años de servicios cotizados.

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 servicio cotizados y por circunstancias, a la entrada en vigencia del régimen, el interesado no tenga un 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”¹.

El mismo criterio fue defendido por la Corte Suprema de Justicia (Sala Laboral) que, en sentencia de 4 de diciembre de 2002, M.P. Dr. Carlos Isaac Nader, Expediente No. 19069, actor: Alvaro Antonio Franco Bedoya, sostuvo:

“En lo tocante a la sentencia de constitucionalidad mediante la cual la Corte Constitucional declaró inexecutable el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en donde consideró que era requisito sine qua non estar afiliado al sistema pensional al momento de entrar en vigencia la referida Ley 100 para hacerse merecedor del régimen de transición, invocada y aplicada al sub lite por el Juzgador de segundo grado a cambio de la tesis de esta Corte según la cual, contrario a lo afirmado por aquella Corporación, no es indispensable estar cotizando en ese momento para ser beneficiario de dicho régimen transitorio, para tomar en consideración la primera tesis, el Tribunal consideró que “ las interpretaciones de la Corte (Constitucional) constituyen para el fallador valiosa pauta “auxiliar” y que “al haber estudiado la exequibilidad de la norma en comento, fijó su sentido y alcance, siendo obligatorio para el fallador acatarlo cuando se vaya a dar aplicación a esa disposición”, según se lee textualmente en la sentencia atacada”.

“Sobre el asunto relacionado con la exigencia de haber estado cotizando a un sistema pensional a 31 de marzo de 1994 para hacerse acreedor a los beneficios que reporta el régimen de transición regulado por el citado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es criterio reiterado de esta Sala que “para acceder a los beneficios de ese régimen transitorio sólo se requiere tener la edad o el tiempo de servicios consagrados en esa norma, sin que pueda entenderse que existen requisitos adicionales a los que de manera clara se precisan en tal precepto” (Sentencia 15279 de 2 de abril de 2001).

Explicación que hizo la Corte en sentencia del 6 de junio de 2000 (Radicación

¹ Sentencia de 31 de agosto de 2001. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente, Dr. ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO.

13410), traída a cuenta por el Tribunal y por la censura, en la que al interpretar el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, asentó lo siguiente:

“Por otra parte, se encuentra que el cargo asume que las normas que señala como transgredidas exigen la afiliación actual al ISS., al momento de la entrada en vigencia del sistema pensional nuevo, para las personas que aspiran a beneficiarse del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, criterio que la Sala no comparte.

“En primer lugar debe anotarse que el Consejo de Estado en sentencia de Febrero 10 de 2000 declaró la nulidad de los numerales 3, 4 y 5 del artículo 1 y del inciso 1º del artículo 3 del Decreto Reglamentario 1160 de Junio 3 de 1994 y que hizo lo propio con el inciso 2º del citado artículo 3 del mismo decreto mediante fallo del 10 de Abril de 1997, con lo cual desaparece parte del sustento de la acusación.

“En segundo término se tiene, que en rigor el artículo 36 de la ley 100 de 1993 sólo impone como requisitos para obtener los beneficios del régimen de transición la edad (35 años o más si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres) o los “años de servicio cotizados” (15 o más), criterio que incluso se plasma en la primera de las citadas sentencias del Consejo del Estado, como argumento central para declarar la nulidad de las normas del decreto 1160 de 1994 a las que se aludió antes”.

Así las cosas, para acceder a los beneficios del régimen de transición sólo se requiere tener la edad o el tiempo de servicios consagrados en la norma, sin que pueda entenderse que existen otros requisitos adicionales a los ya citados.

Como el I.S.S. le dio a la Ley un alcance que no tiene para la viabilidad del régimen de transición indudablemente incurrió con este proceder en una práctica discriminatoria pues a pesar de que el trabajador cumple los requisitos legales exigidos se le despoja de los beneficios del régimen vulnerándosele así sus derechos.

El “régimen anterior al cual se encuentre afiliado”, exigido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, no se puede entender como sinónimo de vínculo laboral vigente, ya que es posible que antes de la expedición de la citada ley se tengan 15 o más

años de servicios cotizados y por diversas circunstancias se carezca de vínculo laboral a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Esta situación no es un impedimento para acceder al beneficio que la ley establece.

En el caso que ocupa la atención de la Sala se encuentra acreditado que la demandante nació el 26 de enero de 1940 por lo que para el 1 de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia la ley 100 de 1993, tenía más de 35 años de edad e indudablemente estaba cobijada por las prerrogativas del régimen de transición.

DE LA JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

La entidad demandada en el escrito de apelación (fls 153-158) solicitó la nulidad de la sentencia apelada o, en su defecto, se proceda a su revocatoria con el fin de que se nieguen las suplicas de la demanda.

Adujo el apelante que como la demanda se funda en una controversia entre el I.S.S. y uno de sus afiliados, en razón de la disparidad de criterios en relación con la solicitud de reliquidación de la pensión de vejez, de conformidad con el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1 de la Ley 362 de 1997, la solución corresponde a la Jurisdicción del Trabajo.

Por esta razón, el Tribunal debió declarar procedente la excepción propuesta, relacionada con la falta de jurisdicción para conocer del asunto, y decretar, en consecuencia, la nulidad de lo actuado

Sobre el tema la Sala hace las siguientes precisiones:

Según las voces del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo, modificado por la Ley 362 de 1997, la Jurisdicción Laboral es la competente para conocer de las diferencias que surjan entre las entidades públicas y privadas del régimen de Seguridad Social Integral y sus afiliados.

La ley 712 de 2001 modificó, entre otros, el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y en su artículo 1 dispuso que en adelante el Código Procesal del Trabajo se denominará Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, agregando que los asuntos de que conoce la jurisdicción ordinaria, “en sus especialidades laboral y de la seguridad social”, se tramitarán de conformidad con el presente

código, atribuyéndole en el numeral 4 el conocimiento de las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controvierten.

En estas condiciones a la jurisdicción ordinaria laboral le fue asignado el conocimiento de los asuntos relacionados con el sistema de seguridad social integral, en los términos señalados en el numeral 4, del artículo 2, de la ley 712 de 2001.

Los conflictos relacionados con los regímenes de excepción establecidos en el artículo 279 de la ley 100 de 1993 no fueron asignados por el legislador a la justicia ordinaria laboral, “por tratarse de regímenes patronales de pensiones o prestaciones que no constituyen un conjunto institucional armónico ya que los derechos allí regulados no tienen su fuente en cotizaciones ni en la solidaridad social, ni acatan las exigencias técnicas que informan el sistema de seguridad social integral...”, como lo expresó la Sentencia C-1027 de 27 de noviembre de 2002, M.P. Dra. Clara Inés Vargas H.

Además de este régimen exceptivo expreso en criterio de la Sala, también deben excluirse del conocimiento de la jurisdicción ordinaria laboral los regímenes de transición previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ya que tampoco hacen parte del sistema de seguridad social integral por referirse a la aplicación de normas anteriores a su creación.

En la sentencia aludida, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 4° del artículo 2 de la Ley 712 de 2001, por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo, la Corte Constitucional en cuanto a los regímenes de transición dijo:

“Todo lo dicho también es aplicable a los regímenes especiales que surgen de la aplicación de la normatividad de transición contenida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, porque a pesar de la uniformidad normativa que intentó ese ordenamiento, dejó a salvo para efectos de edad, tiempo de servicios, de cotizaciones y monto de la pensión, los estatutos legales o reglamentarios de quienes al momento de la vigencia de la ley tenían más de 35 años de edad

(mujeres) o más de 40 (hombres) o más de 15 años de servicios. Para esos afiliados, si bien el ingreso base de liquidación se sujetó a la nueva ley, no se aplica a plenitud el sistema de seguridad social integral, sino la normativa especial anterior en el evento de que resultare más favorable al afiliado o beneficiario del sistema general de pensiones. Al no tratarse en rigor de pensiones del sistema de seguridad social integral, no existe impedimento constitucional alguno para que la competencia se mantenga incólume como venía antes de la expedición de la Ley 712, por las razones explicadas en precedencia.

Por lo anterior, la Corte encuentra que nada se opone a excluir del ámbito de la jurisdicción ordinaria laboral las controversias relacionadas con los regímenes de excepción de la Ley 100 de 1993, pues se repite, tal determinación corresponde a la facultad del legislador para configurar el régimen de la seguridad social y las instituciones procesales sin desarticular el concepto de seguridad social que consagra el artículo 48 Superior, respetando el principio del juez natural para la resolución de los conflictos que versen sobre esta materia (CP art. 29)".

"...Finalmente, es de anotar que en lo esencial el numeral 4º del artículo 2º de la Ley 712 de 2001 es mutatis mutandi igual al artículo 2º de la ley 362 de 1997, que acogió en forma más explícita la exégesis que las altas Corporaciones de justicia le habían impartido. Valga recordar que en esas sentencias se precisó que después de la expedición de Ley 100 de 1993, para los efectos del sistema de seguridad social integral no es necesario tener en cuenta la naturaleza jurídica del vínculo ni los actos que reconocieron o negaron un derecho sustancial en esa materia, sino la relación afiliado, beneficiario o usuario, con la respectiva entidad administradora o prestadora de servicios de seguridad social integral. Por tanto, es la materia de la controversia lo que define la jurisdicción competente y no el status jurídico del trabajador. Igualmente se destacó que el legislador en ejercicio de la libertad política de configuración de normas jurídicas y en armonía con los artículos 150-23 y 228 Superiores, tiene un amplio margen de decisión para distribuir una competencia judicial dentro de las distintas jurisdicciones estatales, a fin de que una precisa autoridad judicial ejerza la jurisdicción del Estado en un asunto previamente señalado, bajo estrictos contornos de protección de la vigencia y primacía del debido proceso (C.P. art. 29). Por tanto, bien podía el legislador en ejercicio de esas innegables potestades asignar la competencia a la jurisdicción ordinaria para conocer de las controversias referentes a sistema de seguridad social integral que se

susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de su relación jurídica y de los actos jurídicos que se controvertan.

Conviene precisar que a contrario sensu, en lo que no conforma el sistema de seguridad social integral por pertenecer al régimen de excepción de la aplicación de la Ley 100 de 1993 o los regímenes especiales que surgen de la transición prevista en este ordenamiento legal, se preservan las competencias establecidas en los Códigos Contencioso Administrativo y Procesal del Trabajo, según el caso, y por tanto sí influye la naturaleza de la relación jurídica y los actos jurídicos que se controvertan, en la forma prevenida en los respectivos estatutos procesales”.

Así las cosas, los conflictos jurídicos sobre prestaciones sociales de los empleados públicos cobijados por el régimen de transición de pensiones, en criterio de la Sala, están excluidos de la competencia de la jurisdicción ordinaria pues de ellos conoce el juez natural competente según la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controvierten, sin que ello tenga porqué originar conflictos de jurisdicciones entre la ordinaria y la contenciosa administrativa.

Por las razones que anteceden no es de recibo la excepción de falta de jurisdicción planteada por la entidad demandada, razón por la cual la Sala procede al estudio de fondo en el siguiente orden:

DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE.

El Decreto 0546 del 27 de marzo de 1971 estableció en su artículo 6 la edad y el tiempo de servicios requerido para que los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público pudieran acceder a una pensión especial vitalicia de jubilación :

“ART. 6.- 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 servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de le fue asignada este 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 de jubilación equivalente al 75% de la asignación básica mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas.”

El artículo 280 de la Constitución dispone:

“Los agentes del Ministerio Público tendrán las mismas calidades, categorías, remuneración, derechos y prestaciones de los magistrados y jueces de mayor jerarquía ante quienes ejerzan el cargo.”

Por su parte, el decreto 0104 del 13 de enero de 1994 estableció en su artículo 28 :

“A los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se les reconocerán las pensiones teniendo en cuenta los mismos factores salariales y cuantías de los Senadores de la República y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas legales vigentes”.

El artículo 5 del decreto 01359 del 12 de julio de 1993 ya había establecido los factores para el reconocimiento de las pensiones de los Senadores de la República y Representantes a la Cámara, en los siguientes términos :

“ART. 5º. Ingreso básico para la liquidación pensional. Para la liquidación de las pensiones, así como para sus reajustes y sustituciones, se tendrá en cuenta el ingreso mensual promedio del último año que por todo concepto devenguen los congresistas en ejercicio, a la fecha en que se decrete la prestación, dentro del cual serán 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.”

La sucesión normativa expuesta concluye con el artículo 1 del decreto 01420 del 6 de julio de 1994:

“Artículo 1. El régimen pensional aplicable a los Procuradores Delegados que al momento de adquirir estos derechos se encuentren ejerciendo el cargo ante la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, será el mismo que corresponda a los magistrados o consejeros de estas corporaciones.

El régimen pensional de que trata el inciso anterior es incompatible con cualquier otro régimen, sea en forma total o parcial”

La normatividad es clara en indicar que el régimen pensional de los procuradores delegados será el mismo de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, siempre que los Procuradores Delegados al momento de adquirir el derecho a pensión se encuentren desempeñando sus funciones ante las citadas corporaciones.

Esto quiere decir que no basta con que el Procurador Delegado adquiera el derecho a pensión, esto es, que concurran los requisitos de edad y tiempo de servicios exigidos por la ley; además, es necesario que la concurrencia de tales factores se presente cuando esté desempeñando sus funciones ante la Corte Suprema de Justicia o ante el Consejo de Estado, como sucede en este caso de acuerdo con las pruebas allegadas.

Sólo de esta forma resulta posible equiparar los regímenes pensionales de los Procuradores Delegados con los de los titulares de los despachos ante los cuales cumplen su tarea.

Esta norma es de carácter exceptivo y por ende de aplicación restrictiva. En estas condiciones, según su tenor literal y su espíritu, sólo se refiere a los procuradores que ejerzan el Ministerio Público ante la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado y no a los restantes agentes de la Procuraduría General de la Nación.

Conviene ahora preguntarse si era necesario que para el reconocimiento de la pensión de jubilación de la demandante se requiriese que estuviera vinculada a la

Procuraduría General de la Nación cuando entró en vigencia el régimen de Seguridad Social.

Sobre este punto se pronunció la Corte Constitucional sentencia de Unificación SU-1354 de 2000, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell, Actor Tomás Javier Díaz Bueno, así:

“Conviene precisar, por consiguiente, sí para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación del actor se requería que éste estuviera vinculado al Consejo de Estado, en la fecha indicada, esto es, cuando entró en vigencia el régimen de seguridad social contenido en la ley 100/93. Dicho en otros términos, si el reconocimiento de dicha pensión solamente puede hacerse mediante la aplicación del aludido régimen de transición.

Es cierto, que en el decreto 1293/94 se expresó que el sistema general de pensiones de la ley 100/93 se aplica, entre otros, a los Senadores, Representantes del Congreso de la República, con excepción de los cubiertos por el régimen de transición regulado en sus arts. 2, 3 y 4.

Según dicho régimen de transición, que se remite igualmente al régimen de transición del art. 36 de la ley 100/93, sus beneficiarios son quienes hayan cumplido el 1 de abril de 1994 los siguientes requisitos: “a) haber cumplido cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o treinta y cinco (35) o más de edad si son mujeres, y b) haber cotizado o prestado servicios durante quince (15) años o más”.

Pero es de anotar que el párrafo de dicho artículo indica lo siguiente:

“El régimen de transición de que trata el presente artículo se aplicará también para aquéllos 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 art. 2 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”.

Igualmente es de anotar, que en los decretos 47/95 (art. 28), 34/96 (art. 28), 47/97 (art. 25) y 65/98 (art.25), se reitera que el régimen aplicable a los magistrados de las altas cortes es el mismo de los Congresistas y que podrán optar por pensionarse cuando cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicios señalados en el párrafo del art. 3 del decreto 1293/94, esto es, veinte (20) años de servicios en el sector público o privado afiliado al S.S. y cincuenta (50) años de edad, sin hacer referencia alguna a la aplicación del régimen de transición a que alude el art. 36 de la ley 100/93.

Solamente en el art. 25 del decreto 43/99, que reitera lo anterior, se expresa que para tener derecho a la pensión los magistrados de las altas cortes se requiere que “a 1 de abril de 1994 desempeñaban sus cargos en propiedad y cumplían las condiciones previstas por el inciso 2 del art. 36 de la ley 100/93”.

El exmagistrado Tomás Javier Díaz Bueno ingresó al Consejo de Estado el 1 de junio de 1996 y se retiró el 8 de marzo de 2000, luego de haber cumplido la edad de retiro forzoso (65 años).

Cuando se produjo el ingreso del citado al Consejo de Estado, estaba vigente el decreto 34 del 5 de enero de 1996, que en su primer inciso claramente dispuso que a los magistrados de las altas cortes “se les reconocerán las pensiones teniendo en cuenta los mismos factores salariales y cuantías de los Senadores de la República y los Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas legales vigentes”. Pero sin embargo, podían optar por pensionarse cuando reunieran “los requisitos de edad y tiempo de servicios señalados para los Congresistas en el párrafo del art. 3 del decreto 1293/94”, opción que naturalmente no podía ejercer el actor porque para esa época no era Consejero de Estado.

En cambio, al demandante si le es aplicable lo previsto en el art. 7 del decreto 1359/93, que permite obtener el derecho a la pensión de jubilación a los Senadores y Representantes que llegan a la edad de 55 años y cumplan o hayan cumplido 20 años de servicios continuos o discontinuos en una o en diferentes entidades de derecho público y cotizado en parte en el sector privado y ante el

S.S.

La norma últimamente referenciada, no fue derogada ni tácita ni expresamente por el decreto 1293/94 ni por los decretos 47/95, 34/96, 47/97 y 65/98.

Realmente, es en el decreto 043/99 (art. 25) donde se introduce una modificación sustancial al régimen pensional de los magistrados de las altas cortes, por la circunstancia de que para obtener la pensión deben haber estado desempeñando el cargo el 1 de abril de 1994 y cumplir con las condiciones previstas en el inciso 2 del art. 36 de la ley 100/93 (Régimen de Transición).

No obstante, igualmente prevé en dicha norma que los mencionados magistrados podrán también pensionarse cuando reúnan los requisitos de edad y tiempo de servicios señalados para los Congresistas en el párrafo del art 3 del decreto 1293/94, pero siempre que tuvieren una situación jurídica consolidada por haber cumplido 20 años de servicios en el sector público o privado cotizando al S.S. y la edad de 50 años.

A juicio de la Corte, el cambio de régimen pensional introducido por el art. 25 del decreto 43/99, cuya legalidad no entra a cuestionar la Corte, no perjudica al actor por cuanto en razón de la preceptiva que le era aplicable, a partir de su ingreso al Consejo de Estado (1 de junio de 1996), tenía derecho a pensionarse con fundamento en los requisitos establecidos en el art. 7 del decreto 1359/93, esto es, con 20 años de servicios en el sector público y privado y con la edad de 55 años, como mínimo. Expresado en otros términos, habiendo adquirido el actor el status de pensionado con el régimen de los Congresistas, antes de la expedición del decreto 43/99, sus disposiciones no pueden serle aplicadas”.

Está probado que la demandante se encontraba en régimen de transición – artículo 36 de la ley 100 de 1993 – y si bien es cierto no estaba prestando servicios a la Procuraduría General de la Nación para el 1 de abril de 1994, pues ingresó a laborar el 23 de septiembre de 1993, también lo es que el Decreto 043 de 1999 no es de aplicación en el sub lite porque la actora se retiró del servicio el 20 de marzo de 1998, cuando aun no estaba vigente dicha normatividad porque el Decreto fue expedido el 8 de enero de 1999.

La Corte Constitucional ha aceptado que, en tratándose de personas que han ocupado cargos de alta jerarquía y dignidad dentro del Estado, el legislador puede establecer regulaciones especiales en materia pensional, tanto en lo que tiene que ver con los tiempos de servicio exigidos, como con la edad, el sistema de aportes y los elementos de la remuneración que han de tenerse en cuenta para liquidar la prestación.

En sentencia C- 608 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández, la Corte, al analizar la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, aclaró lo que se debe entender por asignación, como base para liquidar las pensiones de los miembros del Congreso y de algunos altos funcionarios del Estado, así:

"Para la Corte es claro que en la Ley Marco podía estipularse, a manera de pauta, obligatoria para el Gobierno, como en efecto se hizo, un determinado porcentaje de la asignación como base para liquidar las pensiones de los miembros del Congreso. Tanto para el caso de ellos como para los de los altos servidores públicos a los que se extiende su régimen, según la propia Ley 4 de 1992, es válido, con las salvedades expuestas en este Fallo, que se consagre un sistema de liquidación que se les aplica de modo diferente al previsto en las reglas generales sobre la materia y que, específicamente, se fije un porcentaje -en la norma, el 75% de su ingreso mensual promedio durante el último año-, con lo cual queda claro que quien haya desempeñado uno de tales cargos no está sujeto, en cuanto al monto de la pensión, a los límites máximos estatuidos en otras disposiciones sino directa y concretamente al aludido porcentaje" (negrilla fuera de texto)".

La pensión de los Magistrados de las Altas Cortes, en acatamiento de lo señalado en el artículo 17 de la ley 4 de 1992, no podrá ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que devenguen los Congresistas por todo concepto durante el último año.

En estas condiciones la actora tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación a partir del 20 de marzo de 1998, fecha de su retiro del servicio, en cuantía equivalente al 75% del promedio de los ingresos mensuales percibidos durante el último año de servicio en su calidad de Procuradora Delegada ante el Consejo de Estado, que se identifican con lo que devenga un Consejero de Estado, según lo señalado en el Decreto No. 104 de 1994, en concordancia con

los Decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994. Debe declararse, además, que la pensión no está sujeta al tope del régimen ordinario de pensiones, según lo ya analizado.

Por las razones que anteceden la sentencia objeto de la alzada merece ser confirmada.

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

FALLA

Confírmase la sentencia del 27 de julio de 2001 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió a las pretensiones de la demanda incoada por DOLORES MARIA (LOLA) DE LA CRUZ DE PASTRANA.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO TARSICIO CACERES TORO

ANA MARGARITA OLAYA FORERO

NICOLAS PAJARO PEÑARANDA

ALBERTO ARANGO MANTILLA

JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE

ENEIDA WADNIPAR RAMOS

Secretaria