

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B"**

CONSEJERO PONENTE: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil quince (2015).

**Expediente: 250002325000200700347 01
Referencia: 0868-2009
Actor: MARTHA CECILIA CALDERÓN GUTIERREZ
AUTORIDADES NACIONALES**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 12 de febrero 2009, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda presentada por Martha Cecilia Calderón Gutiérrez contra el Instituto de Seguros Sociales encaminadas a obtener la reliquidación de su pensión incluyendo los mismos factores y cuantías de los Senadores de la República y Representantes a la Cámara.

ANTECEDENTES

La señora Martha Cecilia Calderón Gutiérrez, en nombre propio, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicita la nulidad de las Resoluciones Nos. 010944 de abril 19 de 2005 que le negó la pensión, 014730 de abril 27 de 2006 que resolvió el recurso de reposición y 001567 de octubre 19 de 2006 que resolvió el recurso de apelación revocando la Resolución 010944. Igualmente, pide la nulidad de la Resolución 001576 de octubre 25 de 2006 que modifica el recurso de apelación.

Como consecuencia de tal declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la entidad demandada calcular, liquidar y pagar la pensión de jubilación establecida para los funcionarios de altas corporaciones de justicia, teniendo en cuenta en la liquidación los mismos factores y cuantías de los Senadores de la República y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas vigentes, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre y los respectivos reajustes legales.

Adicionalmente, pidió el pago de las diferencias debidamente indexadas y dar cumplimiento a la sentencia dentro del término previsto en el artículo 176 del C.C.A.

Los hechos de la demanda se resumen así:

1. La actora laboró como empleada pública en la Rama Judicial y el Ministerio Público durante los siguientes períodos:

Período	Entidad
16-04-73 al 31-08-73	Juzgado 5° Civil Municipal
10-09-73 al 31-05-74	Juzgado 22 Civil del Circuito
11-01-82 al 01-02-82	Juez Promiscuo de Bojacá
18-04-83 al 09-05-83	Juez Promiscuo de Chipaque
28-02-84 al 31-07-85	Juez Promiscuo de Bojacá
01-08-85 al 14-11-85	Juez Promiscuo de la Calera

15-11-85 al 10-03-91	Juez 36 Civil Municipal de Bogotá
11-03-91 al 26-04-92	Juez 21 de Familia
27-04-92 al 31-04-97	Juez 15 de Familia
02-05-97 al 16-03-03	Procuraduría General de la Nación

2. La demandante estuvo afiliada inicialmente a la Caja Nacional de Previsión hasta mayo de 1997, fecha en la cual se trasladó a PORVENIR S.A. hasta el 1º de enero de 2004, cuando le fue aceptado su regreso al Instituto de Seguros Sociales, entidad ante la cual presentó la solicitud de reconocimiento de la pensión vitalicia de jubilación.

3. El Seguro Social mediante Resolución No. 010944 de 2005 le negó la pensión solicitada aduciendo que no había acreditado el tiempo mínimo para acceder a ella. Contra ese acto administrativo presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación, por cuanto no se tomó en cuenta el tiempo laborado en la Procuraduría General de la Nación donde se desempeñó como Procuradora Delegada del Menor y la Familia.

4. El 21 de marzo de 2006 presentó acción de tutela en la cual se le amparó el derecho de petición y, posteriormente, el Seguro Social le concedió pensión de vejez a partir del 2 de marzo de 2005 en cuantía de \$3.244.741, lo que en criterio de la accionante vulnera las normas de superior jerarquía del régimen especial o de excepción de los Magistrados de altas cortes previsto en los artículos 3 del Decreto 1293 de 1994, 25 del Decreto 43 de 1999 y 25 del Decreto 1474 de 2003.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se citaron como normas vulneradas las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 2, 13, 25, 29, 48 y 90.

Del Decreto 546 de 1971, el artículo 6.
Del Decreto 717 de 1998, el artículo 12.
Del Decreto 43 de 1999, el artículo 25.
Del Decreto 1474 de 2003, el artículo 25.
Del Decreto 1293 de 1994, el artículo 3.

Al explicar el concepto de violación en la demanda, precisó que el régimen aplicable a los Magistrados de las altas cortes es el mismo de los Congresistas, de manera que aquéllos podrán optar por pensionarse cuando cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicios señalados en el parágrafo del art. 3 del Decreto 1293/94, esto es, 20 años de servicios en el sector público privado y 50 años de edad, sin hacer referencia alguna a la aplicación del régimen de transición a que alude el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Señaló que el Consejo de Estado anuló parcialmente el artículo 25 del Decreto 043 1999 y como consecuencia de ello a ningún funcionario beneficiario del régimen especial de alta corporación de justicia puede exigírsele acumular tiempo de Magistrado de las Cortes antes del 1º de abril de 1994 pues, de lo contrario, no tendría ningún sentido la anulación dispuesta por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Adujo que por tratarse de una pensión especial no es dable aplicar los reglamentos del Seguro Social, ni el Decreto 510 de 2003, normas que rigen para las pensiones de vejez ordinarias y que condujeron a un monto insignificante en relación con la dignidad del cargo de excepción y los emolumentos salariales inherentes a él, sino que se aplican las normas especiales de la pensión de jubilación de funcionarios de altas corporaciones de justicia y, por ello, la misma debe liquidarse con los factores y cuantías de los Senadores de la República y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas vigentes sobre la materia.

CONTESTACIÓN

El Instituto de Seguros Sociales no contestó la demanda.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes razones (fls. 177-201):

Aclaró que el régimen pensional de los Procuradores Delegados ante el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia es el mismo que el de los Magistrados de estas altas corporaciones. Por tanto, les resulta aplicable el Decreto 1293 de 1994 que en su artículo 2º consagró el régimen de transición de los empleados del Congreso de la República, sin que tengan que ostentar su calidad al 1º de abril de 1994.

Sostuvo que los beneficios del régimen de transición se pierden si el afiliado decide trasladarse al régimen de ahorro individual, salvo que, decidan regresar al régimen de prima media con prestación definida y se acrediten los requisitos establecidos por la Corte Constitucional en sentencia C-789 de 2002 de quince (15) años o más de servicios cotizados y los demás previstos en el artículo 18 de la Ley 797 de 2003 y en el artículo 3 del Decreto 3800 de la misma anualidad.

En ese orden, encontró que la demandante al 1º de abril de 1994 había cotizado durante 11 años, 2 meses y 18 días, por lo que no acreditó el mínimo de tiempo para que le fuera respetado el régimen de transición por haberse trasladado a un fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra el anterior fallo, con base en los argumentos que se pasan a resumir (fls. 202 a 215):

Alegó que si el Tribunal expresamente apreció que el Consejo de Estado anuló un aparte del artículo 25 del Decreto 043 de 1999 que exigía un régimen de transición para beneficiarse de la pensión especial que cobija a los Magistrados de alta corte, resulta inexplicable que para negar las súplicas de la demanda haya requerido la presencia de los requisitos del régimen de transición, cuando tal restricción desapareció del ordenamiento jurídico para efectos de las pensiones de tales Magistrados.

Indica que resulta contradictorio que el fallo apelado diga que sólo se deben acreditar los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero entra a aplicar los del Decreto 3800 de 2003, desconociéndole el régimen de transición por no tener 15 años de servicios cotizados al 1º de abril de 1994, cuando dicho artículo no señala esa condición.

Expuso que el Tribunal no tuvo en cuenta que el literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 otorgó un plazo de gracia de un año a partir de su vigencia para trasladarse de régimen. Por ello, al regresar al régimen de prima media en diciembre de 2003 tiene derecho al régimen de transición.

Anotó que conforme con lo indicado por la Corte Constitucional, quien reúna cualquiera de los requisitos de tiempo de servicio o edad, tiene una situación jurídica consolidada a su favor que no puede ser vulnerada ni desconocida por ninguna norma jurídica posterior, independientemente de su jerarquía y, en consecuencia, no resulta válido aplicar lo dispuesto en el Decreto 3800 de

2003 por ser una norma posterior a cuando había cumplido la edad de 35 años.

MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado a folios 284 a 290 del expediente, consideró que el fallo de primera instancia debe confirmarse porque la normatividad especial de los congresistas que consagra los requisitos para obtener el reconocimiento de las pensiones no puede ser aplicada a los Magistrados y Procuradores Delegados. Solo es dable tener en cuenta los factores salariales y cuantías que ellos devengan para efectos de su liquidación, pues el régimen aplicable a los servidores de la Rama Judicial o Ministerio Público es el contemplado por el Decreto 546 de 1971, compendio especial que permite el reconocimiento de la pensión, siempre que el funcionario cumpla con el régimen de transición que consagra el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En el caso concreto, la demandante se trasladó de la Caja Nacional de Previsión Social al Fondo Privado PORVENIR; y si bien posteriormente se cambió al régimen de prima media, de todas formas ya no era posible aplicarle el régimen de transición, atendiendo lo dispuesto por los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100/93. Además, la demandante no demostró haber cumplido con los 15 años de servicio que permitirían aplicarle el régimen de transición del inciso 2º de dicho artículo.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Parte demandante

La actora reitera los argumentos del recurso de apelación, al manifestar que se le deben aplicar los Decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994. Indica que es claro que el sistema pensional de los Magistrados y Procuradores Delegados se asimila al de los Congresistas en cuanto a factores y cuantías de la pensión, y en cuanto a requisitos.

Resalta que la exigencia contenida en el artículo 25 del Decreto 043 de 1999, según la cual, para ser beneficiario del régimen de transición se requería estar desempeñando el cargo de Magistrado al 1º de abril de 1994, fue declarada nula por el Consejo de Estado al considerar que era un condicionamiento no previsto en la preceptiva jurídica superior para acceder al beneficio especial en comento.

Parte demandada

El Instituto de Seguros Sociales reiteró que para tener derecho al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cuando una persona voluntariamente se traslade de un régimen a otro, en primer lugar es necesario haber cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, esto es, 1º de abril de 1994; requisito que a la vez

está condicionado al cumplimiento de lo señalado en el artículo 3º del Decreto 3800 de 2003.

Advierte que la demandante no cumple los citados requisitos, por lo que no puede pretender que para acceder al régimen de transición se le tenga en cuenta el tiempo de servicios certificado por la Procuraduría General de la Nación, pues el reconocimiento de la pensión se efectuó en los términos que señala el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES

Al observar la Sala que no se configura impedimento procesal alguno, procede a pronunciarse sobre el fondo del asunto.

1. Problema jurídico.

La Sala establecerá si la actora al haberse desempeñado como Procuradora Delegada ante una alta corte tiene de derecho a que se le aplique por homologación el régimen pensional especial de los magistrados de altas cortes, y por ende el de Congresistas, en cuanto a factores y cuantías.

A efectos de desatar el problema jurídico, la Sala abordará los siguientes temas:

- i) Régimen pensional del Ministerio Público y homologación con el régimen especial de la rama judicial para magistrados de altas cortes.

- ii) Régimen especial de congresistas que se aplica en virtud de la transición establecida en la Ley 100 de 1993 y homologación con magistrados de altas cortes.
- iii) Condiciones para el regreso al Régimen de Prima Media sin llegar a perder el régimen de transición pensional.

2. Hechos probados.

- i) Tiempo de servicio

Para el reconocimiento pensional la actora acreditó como tiempo de cotización, un total de 21 años, 3 meses y 9 días, correspondientes a 1095 semanas, así:

- Desde el 16 de abril de 1973 hasta el 31 de marzo de 1997, en la Rama Judicial por intervalos de tiempo (fl. 14, cuad. anexo No. 1).
- Desde el 2 de mayo de 1997 al 16 de marzo de 2003, en la Procuraduría General de la Nación, como consta en la certificación expedida por el Jefe de la División de Gestión Humana (E) (fls. 11-12).

- ii) Tiempo de servicio al 1° de abril de 1994

En la Resolución 001567 de 2006 se indica que al 1° de abril de 1994, la actora acreditaba, 4038 días, equivalentes a 11 años, 2 meses y 18 días (fl. 15, cuad. anexo No. 1).

- iii) Último cargo desempeñado por la actora

La demandante ejerció como último cargo, el de Procuradora Delegada para la defensa del Menor y de la Familia, con funciones ante la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia (fls. 11-13 cd. ppal).

- iv) Traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad

La demandante se trasladó a AFP PORVENIR S.A., el 2 de mayo de 1997, hasta el 16 de marzo de 2003, tiempo en el que cotizó para dicho fondo de pensiones.

- v) Regreso al régimen de prima media con prestación definida

Como se relata en la demanda, el 1° de enero de 2004, se aceptó el regreso de la actora al Instituto de Seguros Sociales (fl. 66).

- vi) Reconocimiento pensional

Mediante Resolución No. 10944 del 19 de abril de 2005 el Seguro Social negó la pensión de vejez a la actora al considerar: (...) *“Que la solicitante cumple con el requisito de edad, pero no acredita el tiempo necesario, como lo exigen las normas legales aplicables para el derecho a la pensión”* (fls. 6 y 7). Dicho acto fue confirmado por la Resolución No. 014730 del 27 de abril de 2006 resolvió el recurso de reposición interpuesto por la actora (fls. 8-10).

Posteriormente, al ser resuelto el recurso de apelación a través de la Resolución No. 001567 del 19 de octubre de 2006, se decidió:

“ARTÍCULO PRIMERO. Revocar la Resolución No 010944 del 19 de abril de 2005, que negó la pensión de vejez y en su lugar conceder pensión de vejez a

la señora MARTHA CECILIA DEL PERPETUO SOCORRO CALDERÓN GUTIERREZ identificada con la C.C No. 41.461.756 de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de este proveído quedando en los siguientes términos y cuantías:

<i>A PARTIR</i>	<i>VALOR PENSIÓN</i>
02-03-2005	\$3.305.243
01-01-2006	\$3.465.547
<i>Valor Pensión Retroactiva</i>	<i>\$67.597.725</i>
<i>Primas retroactivas</i>	<i>\$10.076.033</i>
<i>Total Retroactivo</i>	<i>\$77.673.758</i>
<i>(..)" (fls. 99-104).</i>	

Finalmente mediante la Resolución No. 001576 del 25 de octubre de 2006, se modificó la Resolución 001567 de 2006, para disminuir la cuantía de la mesada pensional, así:

<i>"A PARTIR</i>	<i>VALOR PENSIÓN</i>
02-03-2005	<i>\$ 3.244.741</i>
01-01-2006	<i>\$ 3.402.111</i>
<i>Valor Pensión Retroactiva</i>	<i>\$66.360.362</i>
<i>Primas retroactivas</i>	<i>\$ 9.891.593</i>
<i>Total Retroactivo</i>	<i>\$76.251.955</i>
<i>(..)" (fls. 4-7).</i>	

3. Marco jurisprudencial

i) Régimen pensional del Ministerio Público y homologación con el régimen especial de la rama judicial para magistrados de altas cortes.

A continuación se exponen en síntesis, la normatividad especial para la Rama Judicial y el Ministerio Público antes de la entrada en vigencia del Régimen General de Pensiones y las diferentes normas que en desarrollo de lo previsto en la Ley 4 de 1992 se han expedido en material salarial y prestacional para estos servidores.

En un primer término se puede citar la Ley 22 de 1942 que al establecer el régimen especial, previó que tenía dos modalidades, una que la pensión equivalía a la mitad del sueldo mayor que hubiera devengado el funcionario en propiedad durante un año por lo menos y se requerían 20 años de servicio al Estado y 60 años de edad. Pero si se carecía de renta y de capacidad de trabajo se concedía a los 50 años de edad y eran los Tribunales Superiores quienes reconocían la pensión, inclusive la correspondiente a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Una segunda norma es el Decreto 902 de 1969 que anunció un régimen especial para la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público y señaló en su artículo 4º que la pensión *“se liquidará con base en el mayor sueldo devengado en el último año, y sin límite de cuantía.”*

Es importante indicar lo que dijo el artículo 1º de dicho decreto: *“Mientras se establece el régimen especial de seguridad social para los funcionarios de la rama jurisdiccional y del ministerio público, prevenido en el numeral 5º del artículo 20 de la Ley 16 de 1968, serán aplicables a ellos las disposiciones del decreto extraordinario número 3135 de 26 de diciembre de 1968, en cuanto sean compatibles con la situación propia de tales empleados”.*

Es decir que según lo dispuesto por el legislador ordinario en la Ley 16 de 1968 y por el legislador extraordinario en el Decreto 902 de 1969, se determinó que habría un régimen especial para los funcionarios de la rama jurisdiccional y del ministerio público, que finalmente lo consagró el Decreto Ley 546 de 1971.

El artículo 1º de este Decreto Ley 546 de 1971 dispuso: *“Los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional y del ministerio público tendrán derecho a las garantías sociales y económicas en la forma y términos que establece el presente decreto”.*

Y en cuanto a la pensión en el artículo 6º estableció: *“Los funcionarios y empleados a que se refiere este decreto tendrán derecho, al llegar a los cincuenta y cinco años de*

edad si son hombres o cincuenta si son mujeres, y al cumplir veinte años de servicios continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto, de los cuales por lo menos diez 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 mas elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas”.

Este Decreto Ley 546 de 1971 fue reglamentado por el Decreto 1660 de 1978, que en lo pertinente dice: *“Artículo 132. Los funcionarios y empleados tendrán derecho, al llegar a los cincuenta y cinco años de edad , si son hombres y de cincuenta si son mujeres, y cumplir veinte años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos diez lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional, al Ministerio Público o a las Direcciones de Instrucción Criminal, o a las tres actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual mas elevada que hubieren devengado en el último año de servicio en las actividades citadas”.*

A su turno el artículo 133 del citado Decreto 1660 de 1978 precisó: *“Si el tiempo de servicio exigido en el artículo precedente se hubiere prestado en la Rama Jurisdiccional, en el Ministerio Público o en las Direcciones de Instrucción Criminal en lapso menor de diez años, la pensión de jubilación se liquidará en la forma ordinaria establecida para los empleados de la Rama Ejecutiva”.*

Ahora bien, este régimen especial para la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público previsto en el Decreto Ley 546 de 1971, se mantuvo vigente en virtud del régimen de transición del Régimen General de Pensiones de la Ley 100 de 1993,

Con la Constitución Política de 1991, en cumplimiento de lo establecido en los literales e) y f) numeral 19 del artículo 150, el Congreso de la República expidió la Ley Marco 4 de 1992, a través de la cual se establecieron los parámetros generales a los que se

sujetaría el Gobierno para la determinación del régimen salarial y prestacional, entre otros, de los empleados públicos.

En desarrollo de lo dispuesto en la citada Ley 4 de 1992, el Gobierno Nacional expidió en el año de 1993, los Decretos Reglamentarios 51 *“Por el cual se dictan unas disposiciones en materia salarial y prestacional de la Rama Judicial, del Ministerio Público, de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones”* y 54 *“Sobre el cual se dictan normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo y se dictan otras disposiciones”*¹.

A partir de la expedición de estos decretos, en la Procuraduría General de la Nación existe dualidad de régimen salarial y prestacional para todos sus funcionarios, uno el contenido en el Decreto 51 de 1993 y subsiguientes², y que resulta aplicable a aquellos servidores vinculados con anterioridad a su expedición y que no optaron por la nueva normatividad; y otro, el contenido en el Decreto 54 y subsiguientes³, aplicable a los funcionarios que dentro del término señalado optaron por él y a aquellos que ingresaron a partir de su entrada en vigencia.⁴

¹ Con anterioridad, en el año 1992 se expidió el Decreto 903¹, el cual dispuso en su artículo 1º un régimen salarial ordinario, entre otros altos funcionarios, para el Procurador General de la Nación, y en su artículo 2º, un régimen optativo. El primero de ellos caracterizado por la conservación del derecho a gozar de las primas de servicios, navidad y vacaciones y de la normatividad prestacional aplicable antes de su expedición; el segundo, por la conservación sólo de la prima de vacaciones y la remisión para efectos de reconocimiento de cesantías a lo establecido en el Decreto 3118 de 1968, salvo en lo relativo al pago de la prestación.

Adicionalmente, reguló el término dentro del cual los altos funcionarios podían acogerse al régimen optativo y estableció que aquellos que se vincularan al servicio con posterioridad a su entrada en vigencia serían sus beneficiarios obligatorios.

² Decretos 104 de 1994, 47 de 1995, 34 de 1996, 47 de 1997, 65 de 1998, 43 de 1999 y siguientes.

³ Decretos 107 de 1994, 26 de 1995, 2025 de 1995, 35 de 1996, 56 de 1997, 67 de 1998, 37 de 1999 y siguientes.

⁴ Lo hasta aquí expuesto corresponde a una reiteración de lo sentencia del 28 de abril de 2011, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, proceso con radicado 73001-23-31-000-2006-01286-01 y número interno 1083-09.

Por otra parte, se resalta que la Constitución Política dispuso en el artículo 280 que *“Los agentes del Ministerio Público tendrán las mismas calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones de los magistrados y jueces de mayor jerarquía ante quienes ejerzan el cargo.”*, norma a partir de la cual se infiere que existe una homologación entre lo devengado salarial y prestacionalmente entre los Procuradores Delegados ante las altas Cortes y los Magistrados pertenecientes a éstas.

A su vez los Magistrados de las altas Cortes tienen prevista una homologación salarial y prestacional con los Congresistas, como lo ordenaba, el artículo 28 del Decreto 104 del 13 de enero de 1994⁵, que se expidió en desarrollo de La Ley 4 de 1992, así:

“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 contenido del citado artículo 28, como se expuso en la sentencia del 12 de febrero de 2009⁶, fue reiterado con algunas adiciones en los artículos 28 del Decreto 47 de 1995⁷, 28 del Decreto 34 de 1996, 25 del Decreto 47 de 1997 y 25 del Decreto 65 de 1998.

5 “por el cual se dictan unas disposiciones en materia salarial y prestacional de la Rama Judicial, del Ministerio Público, de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones.”

⁶ Consejo de Estado, M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Actora: Ligia López Díaz, proceso con radicado 25000232500020070070501 y número interno 1732-08.

⁷ Este además agregó: “Los Magistrados señalados en el inciso anterior que al 20 de junio de 1994 desempeñaban sus cargos en propiedad y 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 1994.”

Sin embargo posteriormente, el artículo 25 del Decreto 043 de 1999⁸, fijó como condición que los Magistrados de Altas Cortes y los Procuradores delegados ante éstas, para acceder a la homologación respecto de factores y cuantías de Congresistas, debían desempeñar sus cargos en propiedad al 1 de abril de 1994 y cumplir con los requisitos previstos en el inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁹. En efecto la norma disponía:

“Artículo 25. Los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, los Procuradores Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y ante el Consejo de Estado, que a 1º de abril de 1994 desempeñaban sus cargos en propiedad y cumplían las condiciones previstas por el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, podrán pensionarse teniendo en cuenta los mismos factores y cuantías de los Senadores de la República y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas vigentes.

Los Magistrados señalados en el inciso anterior podrán también pensionarse cuando reúnan los requisitos de edad y tiempo de servicio señalados para los congresistas en el parágrafo del artículo 3º del Decreto 1293 de 1994.

Resalta la Sala que este artículo 25 fue anulado parcialmente por la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación, en sentencia del 18 de noviembre de 2002¹⁰, al considerar que los dos requisitos establecidos para que los servidores descritos en la norma pudieran pensionarse con los mismos factores y cuantías de los

⁸ Por el cual se dictan unas disposiciones en material salarial y prestacional de la Rama Judicial, del Ministerio Público, de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones. Este decreto fue derogado por artículo 30 del Decreto 2739 de 2000.

⁹ “La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.”

¹⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M.P. Pedro Charria Ángulo, expediente IJ-008, actor Luis Fernando Velandia.

Congresistas, no estaban previstos en la ley. En concreto se precisó frente a la exigencia de la vinculación al 1 de abril de 1994, que esta condición no es equivalente al alcance que la jurisprudencia contenciosa administrativa ha otorgado a la expresión contenida en el inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que dice “...será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados...”, pues de las condiciones establecidas para beneficiarse del régimen anterior no se infiere la obligatoriedad de tener un vínculo laboral al 1 de abril de 1994. En efecto se consideró en la citada sentencia:

“A partir de la expedición del Decreto 104 del 13 de enero de 1994 y hasta el año 1998 inclusive, el Gobierno Nacional expidió sucesivos decretos, reiterando que a los Magistrados de las Altas corporaciones de Justicia se les reconocerían las pensiones teniendo en cuenta los mismos factores salariales y cuantías que a los Senadores y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas legales vigentes.

Tales decretos fueron los siguientes (...)

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

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

Ninguno de tales condicionamientos se encontraban en las normas superiores (...)

La norma cuestionada exige que para que tales Magistrados accedan a la pensión teniendo en cuenta los mismos factores y cuantías de los Congresistas, debían desempeñar los cargos en propiedad a 1º de abril de 1994 y cumplir las condiciones previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al incluir requisitos nuevos no previstos en la Ley para acceder al beneficio especial acerca de la forma de liquidar las pensiones de jubilación, incurre en contradicción con el ordenamiento superior, pues ninguna norma lo dispone y dicho régimen por comprender

aspectos de seguridad social, su regulación es de competencia del legislador, dado que el artículo 48 de la Carta Política dispone que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se presta con observancia de los principios en ella señalados, en los términos que establezca lo (sic) ley.

Ya la jurisprudencia del Consejo de Estado ha fijado, los alcances de la expresión ‘...será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados...’ a que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para diferenciar aquel requisito del que le introduce el decreto acusado ‘...desempeñaba sus cargos en propiedad el 1º de abril de 1994’.

En efecto, en sentencia de agosto 31 de 2000, expediente No. 16717, la Sección Segunda de la Corporación al resolver la acción pública de nulidad dirigida contra el Decreto Reglamentario 813 de 1994, en uno de sus apartes expresó:

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

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

De lo hasta aquí expuesto, se concluye, de un lado, que quien contaba con 15 años de servicio al momento de entrar en vigencia el SGSSP, se beneficia del régimen anterior, exigencia que difiere del hecho de que presuntamente se deba tener un vínculo laboral, cuando dicho régimen empezó a regir; y de otro, que con la declaratoria de nulidad parcial, los servidores descritos en la norma se benefician

para efectos pensionales de los mismos factores y cuantías de los congresistas “*en los términos establecidos en las normas vigentes.*”.

En consecuencia, los servidores que se benefician de la homologación están en la misma situación de hecho de los congresistas, lo que implica que hay dos conjuntos de normas que les son aplicables, dependiendo de si hay lugar o no a beneficiarse del régimen de transición, así podrán ser beneficiarios del régimen especial previsto en el Decreto 1359 de 1993 o del general del Sistema General de Seguridad Social en pensiones de la Ley 100 de 1993.

Esto en cuanto, no se puede entender que la homologación que establece el 25 del Decreto 043 de 1999, remite obligatoriamente a los beneficios del régimen especial de los congresistas que se aplica por vía de transición, pues se insiste en que esta normatividad especial solo se aplica a los parlamentarios que cumplen con los requisitos para ser acreedores del régimen de transición (art. 2 del Dec. 1293 de 1994).

En este orden de ideas, frente a quienes se predica la homologación al estar en la misma situación de hecho de los congresistas, con el propósito de definir la norma aplicable, hay que determinar previamente si están o no en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, esto para determinar que normatividad se les aplica.

La importancia de esta distinción radica en que de conformidad con un sano ejercicio de interpretación jurídica, si los congresistas para beneficiarse del régimen de transición deben acreditar las condiciones que prevé la Ley 100 de 1993, quienes por virtud de la homologación con los congresistas pretendan también ser destinatarios de dicho régimen, igualmente deben cumplir con los requisitos previstos por el legislador.

En igual sentido, ha establecido esta Corporación que la asimilación del sistema pensional de magistrados de altas cortes con el de congresistas, no se limita solo a

factores y cuantías, sino que comprende también los requisitos que se deben acreditar para acceder al régimen especial anterior en virtud de la transición, así:

“Así las cosas, es claro que el sistema pensional de los Magistrados no sólo se asimila al de los Congresistas en cuanto a factores y cuantías de la pensión, sino también en cuanto a requisitos.

(...)

“De lo dicho se desprende que los requisitos que deben acreditar los Magistrados amparados por la transición para acceder al régimen especial son los señalados en el párrafo del artículo 3º del Decreto 1293 de 1994, esto es 50 años de edad – literal b) del artículo 2º del Decreto 1723 de 1964 – y veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos cumplidos en una o diferentes entidades de derecho público, o cotizados ante el Instituto de Seguros Sociales en cualquier modalidad.”¹¹

ii) Régimen especial de congresistas que se aplica en virtud de la transición establecida en la Ley 100 de 1993.

El artículo 17 de la Ley 4 de 1992 “*Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política*” dispone:

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

Aquellas y estas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el

¹¹ Consejo de Estado, M.P. Bertha Lucía Ramírez de Paéz, Actora: Ligia López Díaz, proceso con radicado 25000232500020070070501 y número interno 1732-08.

congresista, y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal.

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

La Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013, al estudiar la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, declaró la inexecutable de 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 del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, así como la expresión “por todo concepto”, contenida en su parágrafo; y la executable condicionada de las restantes expresiones, bajo el entendido que:

“i) No puede extenderse el régimen pensional allí previsto, a quienes con anterioridad al 1º de abril de 1994, no se encontraren afiliados al mismo.

(ii) Como factores de liquidación de la pensión solo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas.

(iii) Las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL) aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso.

(iv) Las mesadas correspondientes a pensiones reconocidas de conformidad con este régimen especial, no podrán superar los veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a partir del 1º de julio de 2013.”

En el año de 1993 el Gobierno Nacional en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 expidió el Decreto 1359 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”, y fijó en sus artículos 1º y 6º, el ámbito de aplicación y el porcentaje mínimo de liquidación:

Artículo Primero. “El presente Decreto establece íntegramente y de manera especial, el régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas, que en lo sucesivo se aplicará a quienes a partir de la vigencia de la Ley 4ª de 1992 tuvieron la calidad de Senador o Representante de la Cámara.”

Artículo Sexto. “Para la liquidación de las pensiones, así como para sus reajustes y sustituciones a que se refiere el artículo anterior, en ningún caso ni en ningún tiempo podrá ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devenguen los Congresistas en ejercicio; ni estará sujeta al límite de cuantía a que hace referencia el artículo 2º de la Ley 71 de 1988.”

Y en el artículo 17 del citado Decreto 1359 de 1993 dispuso que quienes se hallen pensionados con anterioridad a la vigencia de la Ley 4 de 1992, tendrán derecho a un reajuste equivalente al 50%:

“Artículo 17. REAJUSTE ESPECIAL. Los Senadores y Representantes a la Cámara que se hayan pensionado con anterioridad a la vigencia de la Ley 4ª de 1992, tendrán derecho a un reajuste en su mesada pensional, por una sola vez, de tal manera que su pensión en ningún caso podrá ser inferior al 50% de la pensión a que tendrían derecho los actuales Congresistas.

Será requisito indispensable para que un excongresista pensionado pueda obtener el reajuste a que se refiere el presente artículo, no haber variado tal condición como consecuencia de su reincorporación al servicio público en un cargo distinto al de miembro del Congreso, que hubiere implicado el incremento y reliquidación de su mesada pensional.

Este reajuste surtirá efectos fiscales a partir del 1o. de enero de 1994. El Gobierno Nacional incluirá las respectivas partidas en el proyecto de ley anual de presupuesto correspondiente a la vigencia de 1994.”

A su vez el artículo 18 del comentado Decreto 1359 de 1993, estableció que esta reglamentación es de carácter especial para quienes tuviesen la calidad de senadores o representantes¹².

¹² Al respecto consultar en el mismo sentido la sentencia del 28 de abril de 2011, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, proceso con radicado 73001-23-31-000-2006-01286-01 y número interno 1083-09.

Por otra parte, la Ley 100 de 1993 dispuso en el artículo 273 que el Gobierno Nacional podía incorporar a los congresistas al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, así:

“Artículo. 273.-Régimen aplicable a los servidores públicos. El Gobierno Nacional, sujetándose a los objetivos, criterios y contenido que se expresan en la presente ley y en particular a lo establecido en los artículos 11 y 36 de la misma, podrá incorporar, respetando los derechos adquiridos, a los servidores públicos, aun a los congresistas, al sistema general de pensiones y al sistema general de seguridad social en salud. La seguridad social procurará ser universal para toda la población colombiana.”

Así en efecto, mediante el Decreto 1293 de 22 de junio de 1994¹³, se indicó que el Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, se aplica a los Senadores, Representantes y empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión Social del Congreso con excepción de los cubiertos por el régimen de transición previsto en dicho decreto (art. 1), régimen que se describió en el artículo 3, así:

“ARTICULO 3o. BENEFICIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. Los senadores y representantes que cumplan con alguno de los requisitos previstos en el artículo anterior, tendrán derecho al reconocimiento de su pensión de jubilación cuando cumplan con los requisitos de edad y tiempo de servicios o número de semanas cotizadas establecidos en el Decreto 1359 de 1993, así como el monto de la pensión, forma de liquidación de la misma e ingreso base de liquidación establecidos en el mismo decreto.

Los empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión Social del Congreso que cumplan con alguno de los requisitos previstos en el artículo anterior, tendrán derecho al reconocimiento de su pensión de jubilación cuando cumplan con los requisitos de edad, tiempo de servicios, número de semanas cotizadas y el monto de la pensión establecidos en el artículo 20 del Acuerdo 26 de 1986, del Fondo de Previsión Social del Congreso, aprobado por el Decreto [2837](#) de 1986.

¹³ “Por el cual se establece el régimen de transición de los senadores, representantes, empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión Social del Congreso y se dictan normas sobre prestaciones sociales y económicas de tales servidores públicos”,

PARAGRAFO. 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.”

De lo hasta aquí expuesto, se resalta entonces que el régimen especial de los congresistas previsto en el Decreto 1359 de 1993, se aplica en virtud del régimen de transición, de modo que solo quien cumpla con las condiciones que éste establece podrá ser acreedor de lo dispuesto en el citado decreto.

iii) Condiciones para el regreso al Régimen de Prima Media sin llegar a perder el régimen de transición pensional¹⁴. Reiteración de jurisprudencia.

El artículo 2º de la Ley 797 de 2003 determinó de manera expresa la posibilidad de que los afiliados al Sistema General de Pensiones pudieran trasladarse entre regímenes “*por una sola vez cada cinco años, contados a partir de la selección inicial*”.

Sin embargo, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en sus incisos 4 y 5 previó una regla sobre la pérdida del régimen de transición cuando el afiliado que se trasladó al régimen de ahorro individual posteriormente desee regresar al régimen de prima media así:

¹⁴ Marco normativo y jurisprudencial expuesto en la sentencia del 9 de abril de 2011, Sección Segunda, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, proceso con radicado 110010325000200700054 00 y número interno 1095-2007.

“Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

“Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida”.

Al analizar la constitucionalidad de estos incisos, la Sala Plena de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil, en sentencia C-789 del 24 de septiembre de 2002, moduló su decisión disponiendo en la parte resolutive de la misma lo siguiente:

“PRIMERO.- Declarar EXEQUIBLES los incisos 4º y 5º, del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se entienda que estas disposiciones no se aplican a quienes habían cumplido quince (15) años o más de servicios cotizados, al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones de la Ley 100 de 1993, conforme a lo establecido en la parte motiva de esta sentencia. Con todo, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.

“SEGUNDO.- Declarar así mismo EXEQUIBLE el inciso 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que el régimen de transición se aplica a quienes, estando en el régimen de prima media con prestación definida, se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, habiendo cumplido el requisito de quince (15) años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, y decidan regresar al régimen de prima media con prestación definida, siempre y cuando: a) trasladen a éste todo el ahorro que efectuaron al régimen de ahorro individual con solidaridad; y b) dicho ahorro no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media. En tal caso, el tiempo trabajado les será computado en el régimen de prima media”.

Y más adelante en sentencia C-1024 del 20 de octubre de 2004, con ponencia del mismo magistrado, declaró *“exequible el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en el siguiente aparte previsto en el literal e), a saber: ‘Después de un (1) año de la*

vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; (...)', exclusivamente por el cargo analizado en esta oportunidad y bajo el entendido que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

Como corolario de lo anterior, las personas que al 1º de abril de 1994 – cuando entró en vigencia el Sistema General de Pensiones en el sector privado y en el sector público del orden nacional- tenían 15 o más años de servicios o cotizaciones, y hubieran seleccionado el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) podrán, con el propósito de que les sea aplicado el régimen de transición, trasladarse en cualquier tiempo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM), constituyendo así una excepción a la regla de permanencia mínima y a la prohibición prevista en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. No obstante, para que proceda la aplicación del régimen de transición y, por consiguiente, el traslado en cualquier tiempo de dichos afiliados al RPM, es necesario que se acrediten los requisitos señalados por la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002 ya transcritos.

Finalmente en sentencia del 22 de julio de 2014, la Sección Segunda, Subsección B¹⁵, consideró:

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 22 de julio de 2014, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (e), proceso con radicado No. 73001-23-33-000-2012-00177-01 (3234-2013).

“Conforme a lo anterior, y teniendo en cuenta que dicha posición ya había sido fijada con antelación por el Consejo de Estado¹⁶, la Sala reitera los argumentos allí planteados, y que se relacionan con que las personas que al 1 de abril de 1994, - cuando entró en vigencia el sistema general de pensiones en el sector privado y en el sector público del orden nacional -, tenían 15 años o más de servicio o cotizaciones, y hubieran seleccionado el régimen de ahorro individual con solidaridad, podrán, con el propósito de que les sea aplicado el régimen de transición, trasladarse en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida, constituyendo así una excepción a la regla de permanencia mínima y a la prohibición prevista en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. No obstante para que proceda la aplicación del régimen de transición y, por consiguiente, el traslado en cualquier tiempo de dichos afiliados al RPM, es necesario que se acrediten los requisitos señalados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-789 de 2002.”

4. El caso concreto

En el asunto bajo análisis, la demandante quien prestó sus servicios en la rama judicial y en la Procuraduría General de la Nación, como Procuradora Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, solicita la reliquidación de su pensión de jubilación para que se incluyan los factores y cuantías para los Congresistas.

El Tribunal negó las pretensiones al estimar que la actora al trasladarse a AFP PORVENIR, aunque hubiera regresado al régimen de prima media con prestación definida, como no contaba con 15 años de servicios cotizados al 1 de abril de 1994, perdió el derecho de beneficiarse de su régimen anterior

La actora en el recurso de apelación y los alegatos expone que como consecuencia de la nulidad parcial del artículo 25 del Decreto 043 de 1993, no debe acreditar los

¹⁶ Sección Segunda, mediante Sentencia de 6 de abril de 2011, Exp 1095-07, acción de simple nulidad contra el literal b) del artículo 3 del Decreto 3800 de 29 de diciembre de 2003, por el cual se reglamentó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve,

requisitos para acceder al régimen de transición, para que se le apliquen los Decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994.

Respecto del debate sometido a consideración de esta Sala, se advierte en primera medida que la actora, en principio, era beneficiaria del régimen de transición previsto en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto para el 1º de abril de 1994 contaba con más de treinta y cinco (35) años de edad (folios 24 y 26 del cuaderno principal).

Asimismo se encuentra que la demandante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.), motivo por el cual, se entiende, que ha perdido el derecho a beneficiarse del régimen de transición —, puesto que, como lo ha sostenido la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002¹⁷ *“el derecho a obtener una pensión de acuerdo con el régimen de transición no es un derecho adquirido sino ‘apenas una expectativa legítima, a la cual decidieron renunciar voluntaria y autónomamente, para trasladarse al sistema de ahorro individual con solidaridad”*.

Igualmente se dijo en la referida providencia que sólo *“se podría hablar de una frustración de la expectativa a pensionarse en determinadas condiciones y de un desconocimiento del trabajo de quienes se trasladaron al sistema de ahorro individual, si la condición no se hubiera impuesto en la Ley 100 de 1993, sino en un tránsito legislativo posterior, y tales personas se hubieran trasladado antes del tránsito legislativo”*.

Por ello la actora, aunque fuera beneficiaria del régimen de transición, no tenía una situación jurídica consolidada sino una mera expectativa para pensionarse manteniendo algunas condiciones del régimen anterior al cual se encontraba afiliada. Dicho régimen se pierde, conforme lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley

¹⁷ Sentencia C-789 de 2002, con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad contra los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la ley 100 de 1993

100 de 1993, parcialmente transcrito, cuando existe un traslado al régimen de ahorro individual –como ocurrió en el caso que ahora nos ocupa- salvo que, al devolverse al régimen de prima media, cumpla entre otras condiciones, con 15 años de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, y decida regresar al régimen de prima media con prestación definida; condición prevista en la sentencia C-789 de 2002 y el Decreto 3800 de 2003¹⁸.

En el caso que ocupa la atención de la Sala y como lo anotó el juzgador de primera instancia, la demandante no cumplió con el requisito para recuperar el régimen de transición, es decir, tener al 1º de abril de 1994 “15 años de servicios cotizados”, pues a dicha fecha apenas contaba con un total de 11 años, 2 meses y 18 días cotizados (fls. 20-26), motivo por el que no hay lugar a aplicarle el artículo 3o del Decreto 1293 de 1994, que define los beneficios del régimen de transición de los congresistas. Así el sólo hecho de regresar al régimen de prima media no conlleva *per se* la aplicación del régimen de transición como pretende la demandante sino que, además, es indispensable acreditar todos y cada uno de los requisitos ya reseñados.

En consonancia con lo anterior, tampoco le es aplicable el Decreto 1359 de 1993, en tanto éste contiene el régimen especial de los congresistas que se aplica para quienes se benefician del régimen de transición, pues como ya se estableció la actora aunque regresó al régimen de prima media no cumplió con las condiciones establecidas en la sentencia C-789 de 2002 y el Decreto 3800 de 2003.

Por otra parte, no le asiste razón a la recurrente en cuanto sostiene que para que se aplique el Decreto 1359 de 1993, que trata el régimen especial de congresistas, con la declaratoria de nulidad parcial del artículo 25 del Decreto 043 de 1999, no es menester acreditar las condiciones para beneficiarse del régimen de transición.

¹⁸ En este mismo sentido ver sentencia del 22 de julio de 2014, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (E), proceso con radicado 73001-23-33-000-2012-00177-01 (3234-2013).

En este sentido se insiste en lo expuesto en el marco normativo y jurisprudencial, en tanto no se puede entender que la homologación que establece el 25 del Decreto 043 de 1999, remite obligatoriamente a los beneficios del régimen especial de los congresistas (Dec. 1359 de 1993), pues se insiste en que esta normatividad especial solo se aplica a los parlamentarios que cumplen con los requisitos para ser acreedores del régimen de transición (art. 2 del Dec. 1293 de 1994).

En este orden de ideas, respecto de quienes son homologados al estar en la misma situación de hecho de los congresistas, para definir la norma aplicable, también hay que determinar si están o no en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993; de modo que quienes son homologados están sometidos a las condiciones para no perder el derecho de beneficiarse con el régimen de transición previstas en la ley y la jurisprudencia, en concreto, en este caso los 15 años de servicios a la entrada en vigencia del SGSSP.

En suma, si los congresistas para beneficiarse del Decreto 1359 de 1993 deben cumplir los requisitos del régimen de transición como lo indica el Decreto 1293 de 2004, igualmente los Magistrados de las altas Cortes y los delegados del Ministerio Público ante éstas, que tienen un régimen homologado, deben estar en el régimen de transición. Pues, se reitera que si se supone que están en la misma situación de hecho, una interpretación como la propuesta por la parte actora, supone una situación privilegiada sin sustento normativo, que escapa de la lógica de la homologación.

Así las cosas, es claro que la actora al no poder beneficiarse del régimen de transición, tampoco le eran aplicables las normas del régimen especial de congresistas, de modo que está sujeta al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones de la Ley 100 de 1993, como lo ordena el literal b) del artículo 1 del Decreto 691 de 1994¹⁹.

¹⁹ "ARTÍCULO. 1º—Incorporación de servidores públicos. Incorporase al sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 a los siguientes servidores públicos: (...) b) Los

En este orden de ideas, considera la Sala que asiste la razón al Tribunal al negar las pretensiones de la demanda, de modo que se confirmará la sentencia de primera instancia.

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 y por autoridad de la ley,

F A L L A

SE CONFIRMA la sentencia de 12 de febrero de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las pretensiones de la demanda promovida por MARTHA CECILIA CALDERÓN GUTIÉRREZ, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE. DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

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

SANDRA LISSET IBARRA VELEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN (E)

