



Función Pública

Sentencia 00620 de 2014 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
CONSEJERO PONENTE: GERARDO ARENAS MONSALVE
Bogotá, D.C., quince (15) de mayo de dos (sic) catorce (2014).

No. de Referencia: 11001-03-25-000-2011-00620-00

No. Interno: 2427-2011

Actor: HÉCTOR ELÍAS NÚÑEZ RAMOS

AUTORIDADES NACIONALES

DECRETOS DEL GOBIERNO

Procede la Sala a dictar sentencia en la acción de nulidad interpuesta por el señor Héctor Elías Núñez Ramos contra el artículo 24 del Decreto 1474 del 30 de mayo de 1997 en la parte correspondiente a la derogatoria expresa del artículo 6° del Decreto 2709 de 1994 proferido por el

Presidente de la República, los Ministros de Hacienda y Crédito Público, y del Trabajo y Seguridad Social¹.

ANTECEDENTES 1. La demanda

El señor Héctor Elías Núñez Ramos en ejercicio de la acción de nulidad solicitó la nulidad parcial del artículo 24 del Decreto 1474 del 30 de mayo de 1997 en la parte correspondiente a la derogatoria expresa del artículo 6° del Decreto 2709 de 1994, que indica:

*"DECRETO NÚMERO 1474 DE 1997
(mayo 30)*

*Por el cual se derogan, modifican y/o adicionan algunos artículos del Decreto reglamentario 1748 de 1995 y se dictan otras disposiciones.
El Presidente de la República de Colombia en uso de las facultades que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución de 1991,
DECRETA:*

(...)
1. ARTÍCULO 24. VIGENCIA Y DEROGATORIA. *Este decreto rige a partir de la fecha de su publicación, modifica los siguientes artículos del Decreto 1748 de 1995: 3°, 9°, 12, 15, 16, 17, 24, 28, 35, 36, 37, 41, 44, 52 y 57 y deroga el numeral 2° del artículo 3°, el artículo 25, el inciso 3° del artículo 29, el literal c) del artículo 36, el inciso 7° del artículo 47, el artículo 51 y el parágrafo transitorio del artículo 52 del mismo Decreto 1748 de 1995. Así mismo, modifica el artículo 8° del Decreto 1887 de 1995, y deroga el artículo 6° del Decreto 2709 de 1994 y todas las demás normas que le sean contrarias.*" (El aparte subrayado corresponde al texto demandado)

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda el actor cita como vulnerados los siguientes artículos:

De la Constitución Política, los artículos 189 numeral 11, 113, 114, 121 y 150 numeral 1.

De la Ley 71 de 1988, el artículo 7.

Del Decreto Reglamentario 2709 de 1994, el artículo 1 y siguientes.

El accionante expone como argumentos que sustentan la pretensión de nulidad que:

-El artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, norma demandada, vulnera la facultad reglamentaria prevista en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, porque deroga una norma sobre pensión por aportes en un decreto que reglamenta bonos pensionales.

-Se viola el principio constitucional de la unidad de materia, toda vez que tanto el Decreto 1474 de 1997 como los Decretos por éste modificados, se refieren expresamente a los bonos pensionales, salvo el artículo demandado que deroga el artículo 6° del Decreto 2709 de 1994 que trataba la forma de liquidar la pensión de jubilación por aportes prevista en la Ley 71 de 1988, una materia totalmente distinta.

- Se invade la órbita propia del legislativo, sin tener presente que por mandato constitucional cada rama del poder público tiene funciones distintas y separadas de las otras.

- Sostiene que el artículo demandado *"tácitamente también se anuló"* cuando el Consejo de Estado en sentencia del 4 de agosto de 2010 declaró la nulidad del artículo 8 del Decreto 1474 de 1997 *"porque encontró que se basaba en una disposición legal declarada inexecutable por la Corte Constitucional, conforme a la Sentencia C-734 del 14 de julio de 2005, lo cual llevaría pensar para el sub-líite, que tácitamente también se anuló la norma aquí hoy (sic) demandada, por tratarse de dicho artículo anulado, infiero, de una equivocada subrogación del artículo 6 del Decreto 2709 de 1994"* (fl. 8).

- Los artículos 5° del Decreto 1299 de 1994, 28 del Decreto 1748 de 1995 y 8° del Decreto 1474 de 1997, determinaban el salario base para liquidar el bono pensional, el que, tal y como lo sostuvo la Corte Constitucional ya estaba definido en el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, lo cual pudo generar confusión a la hora de establecer el salario base para liquidar la pensión de jubilación por aportes.

- En lo que respecta a la violación del artículo 7° de la Ley 71 de 1988 y a su Decreto Reglamentario 2709 de 1994, la norma demandada deja sin sustento legal la forma de liquidación de la pensión por aportes consagrada en el artículo 6° del mismo Decreto *"tornado en consecuencia, precaria la existencia integral de dicha forma de pensión"* (fl. 8).

2. Suspensión provisional.

En un acápite de la demanda se solicitó la suspensión provisional de la norma acusada, petición que la Sala negó mediante auto del 13 de septiembre de 2012, en razón a que no resultó evidente la existencia de una contradicción entre el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997 y los artículos 113, 114, 121, 150 y 189 numeral 11 de la Constitución Política de Colombia (fls. 19-30).

3. Contestación a la demanda. Ministerio del Trabajo

Se opone a las pretensiones de la demanda y manifiesta que (fls. 53-66):

- El actor interpretó erróneamente el artículo objeto de la demanda, al darle un sentido distinto al que realmente tiene, desatendiendo su contenido literal y los demás elementos de la interpretación, por lo tanto, es evidente que el accionante no realizó un estudio jurídico de fondo sino simples apreciaciones a los artículos enjuiciados.

- El demandante manifiesta que la declaración de nulidad por parte del Consejo de Estado del artículo 8° del Decreto 1474 de 1997, afectó la validez de la norma cuya nulidad se pretende, sin embargo, estima el Ministerio que no existe argumento alguno que sustente lo anteriormente expuesto, en razón a que el mencionado artículo 8° del Decreto 1474 de 1997 no subroga el artículo 6° del Decreto 2709 de 1994, lo cual se deduce de la comparación de las dos normas.

- Menciona que con la derogatoria expresa del artículo 6° del Decreto 2709 de 1994 no se dejó sin sustento legal la forma como deben liquidarse las pensiones de jubilación por aportes, ello es así en la medida en que la Ley 100 de 1993 en su artículo 36 inciso 3° expone la forma como deben liquidarse las pensiones de las personas que siendo beneficiarias del régimen de transición tenían derecho a que les fuesen aplicados los requisitos de edad, tiempo y monto del régimen al que venían afiliados.

- Finalmente formula las siguientes excepciones:

i) Ineptitud sustantiva de la demanda

Porque el actor pretende atacar una norma que se ajusta plenamente a los Decretos y éstos a las Leyes en las que se fundamenta, dado que lo que se cuestiona no es el verdadero contenido de los Decretos, sino la particular lectura que de ellos hace el actor.

ii) Cosa juzgada constitucional

Expone el Ministerio que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Rad. 11001-03-25-000-2007-00132-00 (2586-07), en la sentencia del 22 de septiembre de 2010, denegó las pretensiones de la demanda de nulidad que se instauró en su oportunidad contra el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997 en el aparte relacionado con la derogatoria del artículo 6° del Decreto 2709 de 1994, determinando que el mismo se encontraba ajustado al ordenamiento jurídico.

iii) "De la potestad reglamentaria"

El Ministerio presentó la excepción que denominó "*de la potestad reglamentaria*" bajo el entendido que dicha facultad en cabeza del Presidente es inagotable y no tiene límite en el tiempo, así en la medida en que la ley no puede agotar todos los supuestos en que se aplica, la intervención del Estado denota un relativo margen de apreciación en su reglamentación.

Ministerio de Hacienda

Solicita desestimar las pretensiones de la demanda y manifiesta que (fls. 69-73):

- El Decreto 1474 de 1997 no estableció un nuevo salario base para la liquidación de las pensiones previstas en la Ley 71 de 1988, lo que hace es reiterar lo establecido en el artículo 6° del Decreto 2709 de 1994, toda vez que indica que el salario base para los cotizantes al ISS es el salario mensual devengado y reportado.

- Frente al presunto exceso de la facultad reglamentaria alegada por el actor, dicho Ministerio cita la sentencia C-748 de 2011 que señala sobre el principio de unidad de materia "*cada una de las disposiciones que conforman un ordenamiento legal deben pertenecer a un núcleo temático, el cual puede precisarse, entre otros, con lo establecido en su título. Con este principio se busca evitar que la temática regulada por una disposición sea absolutamente ajena al núcleo temático de la Ley que la contiene*". En virtud de lo anterior considera que con la expedición del Decreto 1474 de 1997 no existe una vulneración al citado principio toda vez que modifica una norma que fue emitida para regular un tema relacionado directamente con el Sistema General de Seguridad Social.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El Ministerio del Trabajo reitera los argumentos expuestos al momento de contestar la demanda tal y como consta a folios 76 a 78 del expediente.

El accionante insiste en la nulidad impetrada, de conformidad con los cargos expuestos en la demanda (fls. 80-83).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado solicita que se declare no probada la excepción de cosa juzgada propuesta por el Ministerio de Trabajo y se nieguen las pretensiones de la demanda (fls. 84 a 90), lo anterior en razón a los siguientes argumentos:

Estima que en la sentencia del 22 de septiembre de 2010 de la Sección Segunda de esta Corporación que negó la nulidad de la misma norma aquí demandada, si bien se planteó la misma controversia que el asunto bajo análisis, se estudió tangencialmente el cargo de violación del principio de unidad normativa, por lo que considera que este aspecto no se configuró la cosa juzgada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Estudio de las excepciones

El Ministerio del Trabajo propuso las excepciones de cosa juzgada, inepta demanda y la que denominó "*de la potestad reglamentaria*", sin embargo, solamente la de cosa juzgada corresponde a una excepción, las otras dos hacen parte de los argumentos que apoyan la legalidad del precepto demandado, los cuales se tratarán en el fondo del asunto.

En este orden se estudiará la excepción de cosa juzgada, que se configura a juicio del Ministerio del Trabajo, porque esta Corporación en la sentencia del 22 de septiembre de 2010 se pronunció sobre la misma controversia que aquí se debate, es decir, el presunto exceso de la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional por haber derogado el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994 en el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997.

Al respecto se tiene que el inciso 2 de artículo 175 del CCA señala refiriéndose a la sentencia "*La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada "erga omnes" pero sólo en relación con la "causa petendi" juzgada.*"; en estos casos se habla de cosa juzgada relativa, pues aunque no se desvirtúa la presunción de legalidad del acto administrativo, opera la cosa juzgada frente a los cargos propuestos que fueron objeto de estudio por el juzgador, por consiguiente no se pueden someter nuevamente a controversia judicial, lo que de contera implica, que ante la formulación de nuevos cargos el juez está habilitado para asumir su estudio.

Sobre la cosa juzgada la Sección Tercera de esta Corporación ha indicado en sentencia del 9 de junio de 2010² que:

"Con arreglo a lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 175 del C.C.A., la sentencia que niegue la nulidad producirá cosa juzgada "erga omnes" pero sólo en relación con la "causa petendi" juzgada. Quiere ello decir que, por una parte, la sentencia dictada aunque tiene un valor general, esto es oponible a todos y contra todos, por otro lado, tiene la autoridad de cosa juzgada relativa, es decir, sólo frente a los cargos de ilegalidad analizados y decididos en la sentencia.

La decisión adoptada en el fallo desestimatorio, en tanto se contrae a los cargos de ilegalidad formulados en la demanda, no implica el análisis de todos los posibles motivos de contradicción con normas superiores y -por lo mismo- no empuja ni es óbice para que a futuro se produzca otro pronunciamiento, que verse sobre reproches distintos que puedan edificarse sobre la misma norma.

*A este propósito, de antaño se encuentra determinado por la jurisprudencia de esta Corporación que "cuando la decisión judicial es negativa para la pretensión propuesta, el fenómeno de la cosa juzgada se restringe exclusivamente a las causales de nulidad alegadas y al contenido del petitum que no prosperó, porque aún cuando la norma en principio ha quedado vigente por haberse negado la nulidad, es susceptible de ser demandada por otras causas con diferente petitum y dejar de regir para ese efecto"*³.

*Conviene observar que en los juicios contenciosos de nulidad pura, para que prospere la excepción perentoria de cosa juzgada es preciso establecer respecto del otro juicio anteriormente decidido en el fondo mediante sentencia ejecutoriada: (i) si efectivamente media identidad de objeto (eadem res), vale decir, que el objeto del litigio sea el mismo [la pretensión]; y (ii) si hay identidad de causa (eadem causa), o sea que los motivos de ilegalidad alegados en ambos litigios sean idénticos*⁴."

En este orden, corresponde a la Sala determinar si en el presente asunto el actor presenta los mismos motivos de ilegalidad que ya fueron estudiados por esta Corporación en la sentencia del 22 de septiembre de 2010.

Antecedente jurisprudencial de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Esta Sección en la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2010⁵ negó la solicitud nulidad parcial interpuesta contra el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, en cuanto derogó el artículo 6° del Decreto 2709 de 1994. Ahora bien con el propósito de establecer si en el asunto bajo estudio hay cosa juzgada, se individualizarán los motivos de ilegalidad expuestos por el actor en aquél proceso, así:

1. Violación del artículo 7 de la Ley 71 de 1988, el Decreto 2709 de 1994 y el inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Indicó el demandante en ese proceso que la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional se utilizó para desconocer de manera arbitraria el derecho a la pensión de jubilación por aportes y que se violó el derecho a la seguridad social integral adquirido por estas personas respecto del monto de la pensión que les corresponde.

2. Exceso de la facultad reglamentaria

Señaló el demandante que se incurrió en un exceso de la facultad reglamentaria del Presidente de la República al derogar el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994 en el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997 porque introdujo una modificación sustancial al régimen especial de la pensión de jubilación por aportes protegido por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

3. Violación del principio de unidad de materia

Precisó el actor que el Presidente de la República introdujo en la norma demandada una disposición completamente ajena al tema de las normas reglamentadas con lo cual invadió la competencia del legislador.

4. Violación del derecho a la igualdad

Señala el accionante que con la derogatoria del artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, se estableció una desigualdad en cuanto a la aplicación del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para las personas que de acuerdo con lo establecido en el artículo 288 *ibidem*, estén en más favorable la pensión de jubilación por aportes establecida por la Ley 71 de 1988 y el Decreto 2709 de 1994, frente a la pensión de vejez en el nuevo régimen de la Ley 100 de 1993.

La Sala al fallar la acción de nulidad en el proceso con radicado interno 2586-2007 consideró en síntesis respecto a la *causa petendi* del actor, en lo que toca al exceso de la facultad reglamentaria que:

"3.- Como premisa inicial debe dejar sentado que los dos Decretos, el No. 2709 de 1994 y el 1474 de 1997, son de la misma naturaleza jurídica, es decir, su esencia es la de ser decretos reglamentarios.

De esta consideración emerge nítidamente que así como la primera vez el Presidente reguló una materia de determinada manera, podía hacerlo después en sentido diferente, de lo cual se sigue que la potestad reglamentaria no se agota por un primer ejercicio, pues si en un primer momento, y frente a unas necesidades precisas el Gobierno expidió un reglamento, el cambio de circunstancias o del marco jurídico global puede justificar su derogación. (...)

Uno de los principios generales establece que en el Derecho las cosas se deshacen como se hacen, de modo que así como el Presidente podía introducir en el ordenamiento una primera regulación, está habilitado de igual modo para retirarla por medio de otra norma posterior, pues resulta inadmisibles el postulado que sugiere el demandante, según el cual una norma reglamentaria sería inderogable por el órgano que la expidió, o que los decretos reglamentarios solo puedan ser abolidos por la ley.

De la identidad de jerarquía de las normas reglamentarias, que el Presidente expide en uso de la potestad que le otorga el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política, surge el hecho de que no hay reglamentos superiores a otros de idéntico linaje; por ello, el órgano competente que los expidió nunca pierde la posibilidad de reformarlos o derogarlos.

(...)

Además, si el advenimiento de la Ley 100 de 1993, hacía menester que el Presidente de la República ejerciera de nuevo la potestad reglamentaria, esta vez mediante la derogación expresa de un reglamento precedente, nada habría de inconstitucional o ilegal en ese proceder, si es que resultaba indispensable, a juicio del Gobierno, para atender las nuevas realidades legales sobrevinientes a una reforma, pues, repítase un decreto reglamentario no es inderogable, todo lo cual se dice sin perjuicio de los derechos adquiridos y de las situaciones consolidadas de quienes específicamente se encontraban en régimen de transición del artículo 36 de la citada Ley, mientras la norma derogada tuvo vigencia como complemento y desarrollo de la Ley 71 de 1988.

(...)

En síntesis, así como el Presidente de la República puede proveer un reglamento apoyado en las atribuciones que le otorga el artículo 189 de la Constitución, está facultado para retirarlo del ordenamiento jurídico mediante otro decreto de idéntica jerarquía, de lo cual emerge que no hay exceso de la potestad reglamentaria."

De la misma manera como esta Corporación desarrolló el cargo relacionado con la violación del principio constitucional de unidad de materia, de la siguiente manera:

"(...) A todo ello se añade que en éste caso sí hay unidad de materia entre el cuerpo comprendido que contiene el precepto y éste mismo, pues todo gira en torno de la regulación de las pensiones y el conjunto de normas que regulan la materia, es decir, el Decreto derogado no es ajeno a la materia de que trata el resto de la norma que hizo la derogación."

Sobre este aspecto se reitera lo expuesto en el auto del 13 de septiembre de 2012 en el que se negó la solicitud de suspensión provisional del artículo demandado, en el sentido que el objeto del Decreto 1474 de 1997, en principio consistió en reglamentar lo concerniente a la redención normal o anticipada de los bonos pensionales, su pago, valor básico, liquidación y emisión, aspectos que hacen parte del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, el cual, en virtud del artículo 48 de la Constitución Política, constituye un sistema único que busca garantizar a todas las personas el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

Considera la Sala que el Sistema Integral de Seguridad Social no puede ser concebido como un conjunto de preceptos normativos aislados entre sí, con normas divididas en consideración a la especialidad que regula, por el contrario, corresponden a un conjunto normativo articulado que atiende el constante cambio de las realidades sociales dentro del cual interactúan sus afiliados, y que debe tener la disposición de cambio según el contexto dentro del cual se busca proteger a la población y ampliar el marco de aplicación de las contingencias que cubre dicho sistema.

Dado lo anterior, y de conformidad con los principios que soportan el Sistema Integral de Seguridad Social, como lo es la unidad y la integralidad del mismo, en relación al principio constitucional de la unidad de materia no puede pretenderse que el Legislativo y el Ejecutivo, expidan normas y reglamentos aislados e independientes, pues tal y como queda evidenciado en el *sub judice* el Decreto 1474 de 1997 como el artículo 6° del Decreto 2709 de 1994 tienen en común que la materia sobre la cual recae el estudio se encuentra dentro del mismo Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones, pues el primero desarrolla aspectos relacionados con los bonos pensionales y el segundo dispone el salario base para la liquidación de la pensión por aportes consagrada en la Ley 71 de 1988.

De acuerdo con lo expuesto, resulta evidente que el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, norma acusada, no rompe con la unidad de materia que en su conjunto debía guardar el citado Decreto, la cual, para el caso concreto, está dada en aspectos propios del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones, como quedó visto.

Ahora bien en el proceso bajo estudio, en síntesis, los motivos de nulidad que el actor formula contra el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997 son exceso de la facultad reglamentaria, violación del principio de unidad de materia, la "anulación tácita" del artículo 24 del Decreto 1474 de 1997 por parte del Consejo de Estado y que se deja sin sustento legal la forma de liquidar la pensión por aportes.

De conformidad con lo anterior, observa la Sala que hay cosa juzgada respecto del exceso de la facultad reglamentaria y la violación del principio de unidad de materia, ya que la solicitud de nulidad en los dos procesos se funda en los mismos argumentos que ya fueron estudiados y desestimados por esta Sección en la sentencia del 22 de septiembre de 2010, por lo que frente a éstos prospera la excepción de cosa juzgada propuesta por el Ministerio del Trabajo. Por lo anterior, la Sala no analizará estos cargos.

Por el contrario, respecto del cargo relativo a la presunta "anulación tácita" del artículo 24 del Decreto 1474 de 1997 por parte del Consejo de Estado, así como del cargo referente a que la derogatoria demandada se deja sin sustento legal la forma de liquidar la pensión por aportes, se establece que éstos no fueron estudiados en el proceso con radicado interno 2586-2007, razón por la cual, en lo que concierne a ellos no se declara probada la excepción de cosa juzgada.

Del fondo del asunto

1. Problema jurídico

Corresponde a esta Sala determinar si el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997 es nulo por i) la presunta "anulación tácita" mediante sentencia por parte del Consejo de Estado y ii) que se deja sin sustento legal la forma de liquidar la pensión por aportes.

Marco normativo y jurisprudencial

La creación de la pensión de jubilación por aportes⁶

En el modelo de prestaciones sociales y de seguridad social anterior a la Constitución de 1991 y la Ley 100 de 1993, el sistema pensional aplicable a los trabajadores del sector privado era diferente al aplicable a los servidores públicos, al punto de que por regla general no era posible, para efectos de la pensión, sumar el tiempo servido en una u otra calidad de vínculo laboral.

Para remediar esta situación el Congreso expidió la Ley 71 de 1988, la cual, en su artículo 7 de la Ley 71 de 1988 consagró la denominada "pensión de jubilación por acumulación de aportes", es decir, aquella que se obtiene sumando los tiempos de cotización y de servicios en el sector público y en el privado.

Así pues, en virtud de esta normatividad, los empleados oficiales y los trabajadores particulares que acrediten, 55 años si es mujer y 60 años si es varón y, 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo en una o varias entidades de previsión social o las que hagan sus veces, con los efectuados en el Seguro Social, tendrán derecho a recibir la prestación jubilatoria por efectos de la acumulación de aportes derivados de la

relación de trabajo de carácter particular y oficial⁷

El precitado artículo tenía un párrafo que establecía lo siguiente: "Para el reconocimiento de la pensión de que trata este artículo, a las personas que a la fecha de vigencia de la presente ley, tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, continuarán aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes". Este párrafo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-012 del 21 de enero de 1994 disponiendo en el numeral segundo de su parte resolutoria que "su efecto se extiende al reconocimiento de los derechos pensionales adquiridos por las personas que hubieren cumplido con los requisitos previstos en el inciso 1o. del artículo 7o. de la ley 71 de 1988, esto es, por aportes hechos en cualquier tiempo y acumulados en una o varias entidades de previsión social oficial de cualquier orden, y en el Instituto de los Seguros Sociales, cuando cumplan el requisito de la edad".

En conclusión, "en virtud del artículo 7º de la ley 71 de 1988, la posibilidad de computar el tiempo servido en el sector público con el tiempo cotizado en el ISS, es un régimen pensional aplicable a quienes estuvieron vinculados laboralmente al sector oficial, a empleadores públicos y privados afiliados al I.S.S. o a ambos, y requieren de la suma de todos los aportes hechos, para reunir los requisitos para acceder al derecho de pensión"⁸.

La pensión por aportes y la expedición de la Ley 100 de 1993

En desarrollo del modelo de seguridad social establecido en la Carta Política de 1991, fue expedida la Ley 100 de 1993, que crea el denominado

“sistema de seguridad social integral”.

En la regulación del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, se estableció, en la misma línea de lo que había dispuesto la Ley 71 de 1988, la posibilidad de acumular para efectos pensionales, los tiempos de servicios y de cotizaciones acumulados tanto en el sector público como en el sector privado. En efecto, la Ley 100 creó dos regímenes pensionales de libre elección por parte de los afiliados –el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual– y respecto de ambos contempló la posibilidad de que se tomara indistintamente el tiempo servido o cotizado como trabajador del sector privado o en calidad de servidor público.

Así, en el *régimen de prima media*, los requisitos de edad y tiempo de cotización para la pensión de vejez fueron establecidos en el artículo 33, y la misma norma señaló en parágrafo que “para efecto del cómputo de las semanas” se debe tener en cuenta, entre otros, lo cotizado en cualquiera de los dos regímenes (lo cual comprende, entre otros, lo cotizado al Seguro Social o a cajas de previsión), el tiempo laborado como servidor público (así no se hubiera cotizado), así como el tiempo servido a empleadores privados que pagaban directamente pensiones.

De otro lado, en el *régimen de ahorro individual*, la pensión de vejez se causa sin requisitos de edad y tiempo de servicios, con base en el capital acumulado en cuenta de ahorro pensional. La referida cuenta se nutre de cotizaciones obligatorias y voluntarias, los rendimientos financieros y el bono pensional. Con respecto a este último, la legislación dispone que el bono pensional por traslado al régimen de ahorro individual se causa por tiempo servido a entidades públicas, como también por el tiempo cotizado tanto al Seguro Social como a cualquier caja de previsión (Ley 100 de 1993, art. 118; D. L. 1299 de 1994, art. 2°).

Como se observa, la Ley 100 de 1993, al unificar los tiempos de servicio en los sectores público y privado para efectos pensionales, hizo en principio innecesaria la aplicación de la Ley 71 de 1988 para estos efectos. No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que la Ley 100 de 1993, al fijar nuevas reglas y requisitos para el reconocimiento de las pensiones, dispuso igualmente un régimen de transición pensional –en su artículo 36– conforme al cual quienes cumplieran determinados requisitos para ser sujetos de dicho régimen, tendrían derecho a que su pensión se reconociera con los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto o cuantía de la pensión del régimen que anteriormente les fuera aplicable.

En virtud del régimen de transición pensional establecido en la Ley 100 de 1993, es posible obtener la pensión de vejez conforme a las reglas del Seguro Social vigentes con anterioridad a la Ley 100, esto es, aplicando el último reglamento pensional del Seguro Social anterior a la mencionada ley, y que se consagró en el Acuerdo 049 de 1990 del ISS, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Igualmente, en virtud del régimen de transición, también es posible obtener la pensión de jubilación del sector público, tanto la del régimen general –establecida en la Ley 33 de 1985– como la que correspondía a los regímenes especiales oficiales vigentes con anterioridad a la Ley 100. En este contexto del régimen de transición, es posible también para quienes no tienen los requisitos del Seguro Social, ni los requisitos de la pensión oficial anteriores a la Ley 100, pero son sujetos del régimen de transición, obtener la pensión de jubilación con la suma del tiempo cotizado al Seguro Social y el tiempo como cotizado servidor público a cajas de previsión. De esta manera, la pensión de jubilación por aportes, creada en la Ley 71 de 1988, pasa a constituir una modalidad de pensión aplicable en virtud del régimen de transición pensional.

La reglamentación de la pensión de jubilación por aportes

La Ley 71 de 1988, en lo que respecta a la pensión de jubilación por aportes, fue reglamentada inicialmente por el Decreto 1160 de 1989 (arts. 19 a 29). Esta reglamentación dispuso, entre otros aspectos, que no sería computable como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes el laborado en empresas privadas no afiliadas al ISS, ni tampoco *“el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege”* (art. 21). Esta limitación tenía lógica en el contexto de expedición de la Ley 71 de 1988 que ya se ha explicado.

Posteriormente, la reglamentación de la pensión de jubilación por aportes fue regulada por el Decreto 2709 del 13 de diciembre de 1994, que derogó la mayor parte de los artículos del anterior decreto relacionados con esta modalidad de pensión de jubilación. Como se observa, esta nueva reglamentación se expidió estando ya en vigencia el sistema de seguridad social integral establecido en la Ley 100 de 1993.

El artículo 1o del Decreto 2709 de 1994 preceptuó:

“ARTÍCULO 1o. PENSION DE JUBILACIÓN POR APORTES. La pensión a que se refiere el artículo 7o. de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes.

Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público”.

Respecto al monto de esta prestación, el artículo 8° señaló:

“ARTÍCULO 8o. MONTO DE LA PENSION DE JUBILACIÓN POR APORTES. El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75 % del salario base de liquidación. El valor de la pensión de jubilación por aportes, no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley”.

Adicionalmente, es importante recordar que el artículo 6° que determinaba el ingreso base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes con el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, fue expresamente derogado por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997.

2. Del caso en concreto

De la “anulación tácita” de la norma demandada

A efectos de analizar lo expuesto por el actor como sustento de la pretensión de nulidad contra el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997 por haber derogado el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, se observa en primera medida que el accionante afirma que el artículo 24 en comento fue “anulado tácitamente” por el Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010 que declaró la nulidad del artículo 8 del Decreto 1474 de 1997, así:

“No sobra repetir, que el H. Consejo de Estado, mediante sentencia del 4 de agosto de 2010, anuló el artículo 8° del Decreto 1474 de 1997, porque encontró que se basaba en disposición legal declarada inexecutable por la Corte Constitucional, conforme a la sentencia C-734 del 14 de julio de 2005, lo cual llevaría pensar para el sub-lite, que tácitamente también anuló la norma aquí hoy demandada, por tratarse dicho artículo anulado, infiero de una equivocada subrogación del artículo 6° del Decreto 2709 de 1994.” (f.8).

Posteriormente en los alegatos de conclusión indicó:

“Ahora bien, dentro de la incertidumbre jurídica generada, pensamos que la derogatoria aquí cuestionada está fundamentada en dicho artículo 8°, toda vez que se refiere al salario base (SB) para liquidar bono pensional y el artículo derogado también se refiere al salario base (SB), pero para liquidar la pensión por aportes como ya se anotó. En otras palabras pensamos que erróneamente se derogó el artículo 6° del Decreto 2709 de 1994, porque se pensó que al modificarse el artículo 28 del Decreto 1748 de 1995 que regulaba el SB para liquidar el bono pensional, a través del artículo 8° del Decreto 1474, dicho artículo era contrario a esa pretensión, olvidando que regulaba una materia de salario base totalmente distinto a los bonos pensionales.(...) En consecuencia, al anular en Consejo de Estado dicho artículo 8° del Decreto 1474 quedaba sin piso jurídico la derogatoria del mencionado artículo 6°” (f. 82).

Destaca la Sala que al actor habla de una “anulación tácita” del artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, no obstante la declaración de nulidad de un acto administrativo debe ser expresa y mediante sentencia motivada que tiene fuerza de cosa juzgada, de forma que un acto no pierde su presunción de legalidad tácitamente, sino que debe ser sometido a control jurisdiccional y requiere que se pruebe la existencia de una causal de nulidad para sea excluido del ordenamiento jurídico.

Por otro lado, afirma el demandante que el decreto censurado derogó erróneamente el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994 porque se confundió la regulación de los bonos pensionales con la de la pensión por aportes. En este punto, se observa que el actor no concreta un argumento que haga evidente el desconocimiento de normas superiores o de otro motivo de nulidad, sino que efectúa una apreciación que además carece de respaldo probatorio, pues habla de una derogatoria errónea pero no demuestra en qué medida se vicia de nulidad el decreto censurado. En vista de lo anterior, la Sala desestima este argumento.

Del presunto vacío legal en la liquidación de la pensión por aportes

Señaló el actor que la norma demandada deja sin sustento legal la forma de liquidación de la pensión por aportes consagrada en el artículo 6° del mismo Decreto “*tornado en consecuencia, precaria la existencia integral de dicha forma de pensión*” (f. 8). Al respecto se aclara que la forma de liquidación de la pensión no fue establecida por el legislador, sino que éste dispuso que su desarrollo se efectuaría por vía reglamentaria, como se explicará más adelante, de manera que se estudiará si existe un vacío reglamentario.

Ahora bien, como se expuso en el marco normativo y jurisprudencial aunque la pensión por aportes prevista en la Ley 71 de 1988, no es propiamente un régimen anterior a la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social previsto en la Ley 100 de 1993, su aplicación por transición es válida para “*aquellas personas que a la entrada en vigencia de la Ley 100, después de ésta, no reunían los requisitos para*

pensionarse con base en la Ley 33 de 1985 o con el Decreto 758 de 1990, esto es, que no tenían 20 años de servicio público en el primer caso, ni quinientas semanas cotizadas al Instituto de los Seguros Sociales en los últimos 20 años al cumplimiento de la edad o 1000 semanas en cualquier tiempo, en el segundo caso, pero que sumando los tiempos cotizados en ambos sectores éstos arrojan no menos de veinte años de aportes”⁹.

Así, se destaca que el legislador buscó con el régimen de transición, establecer un mecanismo de protección en materia pensional, para que el cambio de legislación no afectara la expectativa de las personas de obtener el reconocimiento de una pensión de jubilación bajo una

normatividad anterior, en este sentido, la Corte Constitucional ha considerado en la sentencia C-789 de 2002¹⁰ que:

“La creación de un régimen de transición constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionares, en el momento del tránsito legislativo.”

Dicha transición está prevista en el inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, bajo el entendido que para que sea viable la aplicación de la normatividad anterior para el reconocimiento de la pensión, es necesario que *al momento de entrar en vigencia el sistema* la persona *“tenga treinta y cinco (35) o más años 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”*.

En este orden de ideas, cuando se cumplen las condiciones previstas en el citado artículo hay que remitirse, en el caso de la pensión por aportes, a la normatividad que la regulaba para establecer bajo que supuestos se reconoce y se liquida.

Ahora bien, en lo que toca con el aspecto que soporta la presente solicitud de nulidad, esto es, que el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997 –norma demandada, al derogar el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, crea un vacío, pues se excluyó del ordenamiento jurídico la norma que regulaba el IBL de la pensión por aportes; observa la Sala en primera medida, que el Gobierno Nacional debía reglamentar los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de la referida pensión, como lo dispuso el legislador en el inciso 2° del artículo 7 de la Ley 71 de

1988¹¹.

Esta facultad fue ejercida con la expedición del Decreto 2709 de 1994 que señala:

“Artículo 6°. Salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes. Derogado por el art. 24, Decreto Nacional 1474 de 1997. El salario base para la liquidación de esta pensión, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley.

Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho instituto deberá certificar lo pagado por los citados conceptos durante el período correspondiente.”

Este artículo fue derogado expresamente por el Decreto 1474 de 1997 (art. 24), en consecuencia la jurisprudencia optó¹² por aplicar el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993¹³.

Como se observa, con la derogatoria del artículo 6 del Decreto 2709 de 1994 que regulaba el salario base de la liquidación de la pensión por aportes, se generó un vacío normativo, pues aunque la pensión por aportes continúa aplicándose en virtud del régimen de transición, la norma reglamentaria que regulaba su forma de liquidación fue excluida del ordenamiento jurídico.

Así dicha actuación del Gobierno Nacional, desconoce que el legislador le había impuesto el mandato de reglamentar los términos y condiciones para el reconocimiento de la pensión por aportes, situación que obligó a remitirse a la Ley 100 de 1993 que tiene condiciones menos favorables que la norma derogada.

En este orden, es clara la configuración de omisión normativa; a este respecto se considera pertinente resaltar la jurisprudencia de la Corte

Constitucional¹⁴ cuando ha explicado la omisión legislativa relativa, al indicar que ésta se estructura *“cuando el legislador incumple una obligación derivada de la Constitución que le impone adoptar determinada norma legal; en efecto, al respecto esta Corporación ha dicho que este tipo de omisión “está ligado, cuando se configura, a una “obligación de hacer”, que supuestamente el Constituyente consagró a cargo del*

*legislador, el cual sin que medie motivo razonable se abstiene de cumplirla, incurriendo con su actitud negativa en una violación a la Carta”*¹⁵.

En la misma sentencia consideró la Corte sobre los vacíos legislativos por derogación de una norma que:

“La Corte recuerda que cuando el vacío legislativo que denuncia una demanda es producto de la derogación o subrogación de una norma antigua, y la acusación se dirige en contra de la disposición legal nueva que produce ese efecto, como sucede en este caso, la jurisprudencia ha explicado que la pretensión de inconstitucionalidad de la norma derogatoria debe estar orientada a mostrar que la supresión de un determinado contenido normativo produce un resultado contrario a la Constitución (...)”

Así, en el presente caso, tratándose de una situación análoga a nivel reglamentario, se destaca que la norma que disponía el salario base para la liquidación de la pensión por aportes fue derogada, situación que originó un vacío normativo y obligó a remitirse a la Ley 100 de 1993, aún cuando el legislador dispuso que el Gobierno Nacional debía reglamentar las condiciones para el reconocimiento y pago de la pensión por aportes (inc. 2, art. 7, Ley 71 de 1988).

Visto lo anterior, la derogatoria del artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, desconoció no solamente la Ley 71 de 1988; sino también la Ley 100 de 1993, ya que ésta previó un régimen de transición, como un mecanismo de protección ante un tránsito legislativo para las personas que tenían la expectativa de adquirir su derecho pensional bajo una normatividad anterior, en este sentido no puede el ejecutivo en virtud del ejercicio de la facultad reglamentaria reducir de manera desproporcionada e irrazonable los beneficios de la normatividad pensional anterior, pues dejaría sin eficacia la finalidad del régimen de transición pensional.

A este respecto, para la Sala es relevante resaltar que el establecimiento de las limitaciones al acceso de las personas al régimen de transición es constitucionalmente admisible solamente cuando aquéllas sean razonables y proporcionadas, así lo manifestó la Corte Constitucional en la

sentencia C-789 de 2002¹⁶:

“Por lo tanto, conforme al criterio jurisprudencial sostenido por esta Corporación, resulta constitucionalmente admisible que el legislador imponga ciertos requisitos y restrinja con ello el acceso de las personas al régimen de transición, siempre y cuando tales restricciones sean

*razonables y proporcionadas.”*¹⁷ Por ese motivo la Corte en dicha oportunidad declaró exequible la expresión que condicionaba el acceso a dicho régimen de transición a que la afiliación al sistema anterior estuviera vigente cuando entró a regir el sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993.”

Sin embargo, advierte la Sala que en el presente caso la derogatoria del artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, desconoció la finalidad del régimen de transición como mecanismo de protección ante el cambio legislativo, el artículo 1 de la Ley 100 de 1993, que señala *“El sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten”* y el artículo 48 de la Constitución Política al prever que *“Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.”*

En suma concluye la Sala que se impone declarar la nulidad parcial del artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, en cuanto derogó el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994.

DECISIÓN

En este orden de ideas, establece la Sala que operó el fenómeno de la cosa juzgada frente a los cargos de exceso de la facultad reglamentaria y violación del principio de unidad normativa, por lo que debe estarse a lo resuelto en la sentencia de 22 de septiembre de 2010, proferida por esta Sección dentro del Expediente N° 11001 03 25 000 2007 00132 00 (2586-2007).

El cargo de *“anulación tácita”* no desvirtuó la presunción de legalidad del artículo 24 del Decreto 1474 de 1994 por lo que se desestimaré.

Finalmente respecto del cargo por el vacío normativo en la liquidación de la pensión por aportes, se accede a la solicitud de nulidad parcial del artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, en cuanto derogó el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994.

FALLA

PRIMERO.- SE DECLARA probada la excepción de cosa juzgada parcial en lo que respecta a los cargos de exceso de la facultad reglamentaria y violación del principio de unidad de materia, en consecuencia, estése a lo resuelto en la sentencia de 22 de septiembre de 2010, proferida por esta Sección en el expediente N° 11001 03 25 000 2007 00132 00 (2586-2007) y se niega la nulidad solicitada frente al cargo denominado *“anulación tácita”*.

SEGUNDO.- SE DECLARA la nulidad parcial del artículo 24 del Decreto 1474 de 1997 *“Por el cual se derogan, modifican y/o adicionan algunos*

artículos del Decreto reglamentario 1748 de 1995 y se dictan otras disposiciones”, proferido por el Presidente de la República, solamente en la parte que derogó el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ
GERARDO ARENAS MONSALVE
LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO
NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

GUSTAVO E. GÓMEZ ARANGUREN
ALFONSO VARGAS RINCÓN

¹ El citado decreto lleva la firma del Ministro del Trabajo y Seguridad Social conforme las normas vigentes de la época. La Ley 790 de 2002 fusionó los dos ministerios en el Ministerio de la Protección Social, posteriormente la Ley 1444 de 2011 escindió el Ministerio de la Protección Social y creó los Ministerios del Trabajo, y de Salud y Protección Social.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, radicación número: 11001-03-26-000-2008-00103-00(36060)

³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA, Sentencia de junio 18 de 1984, Exp. 5985, C.P. Bernardo Ortiz Amaya

⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Sentencia de 10 de diciembre de 1970, CP Lucrecio Jaramillo Vélez.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. Consejero Ponente. Víctor Hernando Álvarez Ardila, Sentencia de 22 de septiembre de 2010. Radicado número. 11001-03-25-000-2007-00132-00 (2586-2007).

⁶ Este marco normativo y jurisprudencial fue expuesto en la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 9 de junio de 2011, proceso con radicado No. 25000-23-25-000-2005-05520-01 con número interno (1117-2009)

⁷ Corte Constitucional. Sent. C-623 del 4 de noviembre de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁸ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No. 1718 proferido el 9 de marzo de 2006. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

⁹ Quintero Sepúlveda, Álvaro: Régimen de transición pensional de los empleados públicos. Jurisprudencia de las Altas Cortes. Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 2006. Pág. 102. Citado en El Derecho Colombiano de la Seguridad Social. Gerardo Arenas Monsalve. Tercera Edición, Bogotá, Pág. 293

¹⁰

¹¹ “Artículo 7 .- (...) El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas.”

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 9 de junio de 2011, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

¹³ “ART. 36.- (...) El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.”

¹⁴ Sentencia C-444 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹⁵ Sentencia C-188 de 1996 M.P. Dr. Fabio Morón Díaz

¹⁶

¹⁷ Ver también la Sentencia C-613/96 F.J. No. 9.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 04:08:18