



Megapensiones y *pensioni d'oro*: ¿extralimitación de las facultades reglamentarias?*

Megapensiones and *pensioni d'oro*: the overstepping of regulatory powers?

{ Giancarlo Perone }**

{ Sandra Lucía Tovar Reyes }***

* Recibido: 1.º de agosto de 2017. Aprobado: 27 de octubre de 2017.

** Profesor honorario de la Universidad degli Studi di Roma “Tor Vergata”.

*** Candidata a doctora en Derecho y Tutela y magister en Disciplinas del Trabajo, Sindacales y della Sicurezza Sociale de la Universidad degli Studi di Roma “Tor Vergata”. Docente investigadora de la Universidad Externado de Colombia. DOI: <https://doi.org/10.18601/25390406.n2.01>

RESUMEN

El presente artículo expone el tratamiento jurídico realizado por los ordenamientos italiano y colombiano sobre las llamadas *pensioni d'oro* y *megapensiones*, con especial énfasis en la dinámica jurisprudencial y legislativa evidenciada en ambos países. Además de exponer sucintamente las sentencias relevantes al respecto, este plantea el problema de la posible extralimitación de las facultades reglamentarias, por lo que se cuestiona la ampliación del régimen a funcionarios distintos de los representantes y senadores en Colombia.

PALABRAS CLAVE:

Megapensiones; *pensioni d'oro*; extralimitación; facultades reglamentarias.

ABSTRACT

This paper describes the regulation on the Italian and the Colombian law of the so-called *pensioni d'oro* and *megapensiones*. These are referred to an extremely high retirement pensions for certain public employees. The description considers the dynamics of creation of law in both countries: case law and law. Thus, in Colombia it is raised a possible overstepping of regulatory powers by the government, who extend the regime to officials other than congressmen.

KEYWORDS:

Megapensiones; *pensioni d'oro*; overstepping; regulatory powers.

INTRODUCCIÓN

Abordar el tema de las *megapensiones* en Colombia implica cuestionar y analizar concomitantemente los fundamentos del Estado social de derecho que proclaman la Constitución, la Corte Constitucional y, en general, las demás instituciones del país, como, por ejemplo, la Procuraduría General de la Nación. Además, es menester, como lo ha precisado la Corte Constitucional colombiana, observar temas tan sensibles como los conceptos de justicia, pobreza, concentración de la riqueza, violación de derechos adquiridos, modificación de la Constitución en clave de rentabilidad, sostenibilidad financiera del sistema, e incluso, la corrupción¹.

Ahora bien, con el objetivo de conocer mejor el propio derecho al compararlo y contrastarlo con uno similar, se procederá a realizar un análisis de la situación de las *pensionì d'oro* en el ordenamiento jurídico italiano.

Se debe decir desde ya que dicho panorama es inabordable en estas páginas, al menos no con la profundidad deseada. Sin embargo, se realizó un esfuerzo por señalar de manera sucinta y precisa los aspectos más importantes, pese a que el tema es de gran envergadura y de numerosas sutilezas.

MEGAPENSIONES

LA SENTENCIA C-258 DE 2013 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: CAMBIO DE PARADIGMA

Para abordar el tema ampliamente denominado bajo la expresión *megapensiones* es necesario desarrollar de manera sintética los criterios y conclusiones emitidos por la Corte Constitucional, en especial en lo relacionado con la Sentencia C-258 de 2013, con ponencia de Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

EL RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS CONGRESISTAS, ARTÍCULO 17 DE LA LEY 4 DE 1992

Las características del régimen pensional, objeto este de la demanda, que se encuentra establecido en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, por medio de la cual se señalan las normas, los 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

1 Juan Esteban Lewis, “Los pasos de Ordóñez para convertirse en el abanderado de los privilegios pensionales”, *La Silla Vacía*, 14 de junio de 2017, <http://lasillavacia.com/historia/los-pasos-de-ordonez-para-convertirse-en-el-abanderado-de-los-privilegios-pensionales-41111>.

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”, son las siguientes:

- 1 El monto sobre el que se realizan los cálculos para determinar el valor de la pensión comprende el ingreso mensual promedio durante el último año.
- 2 Dicho promedio mensual se calcula por todo concepto que perciba el congresista.
- 3 El monto de la pensión no puede ser inferior al 75%.
- 4 La pensión se aumentará en el mismo porcentaje en que se “reajuste” el salario mínimo legal.
- 5 Además, el parágrafo indica que el ingreso promedio mensual será el que disfrute los representantes o senadores “en la fecha en que se decrete la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva”, es decir, los ingresos no son los del cotizante al que se le calculará un valor de lo señalado sino en general la de un congresista.²

No es necesario ser un experto en materia pensional para concluir fácilmente que las condiciones marco de los congresistas difieren en principio de los regímenes ordinarios, pues son más beneficiosas.

Entre otros, fue este el motivo por el cual la Corte Constitucional solicitó a varias entidades, y discutió en audiencia pública³, datos estadísticos y estudios sobre la situación del sistema pensional en Colombia, indagando a distintos organismos sobre los problemas del sistema, la cobertura, el pasivo pensional, el impacto “macroeconómico” sobre un régimen especial como el de los congresistas, la estabilidad financiera y la aplicación y efectos del Acto Legislativo número 1 de 2005.

La Corte Constitucional, ante la relevancia del tema y garantizando la expresión de los distintos actores dentro del sistema pensional materializó no solo el pluralismo, sino un amplio margen de discusión desde diferentes perspectivas, lo que sin duda alguna enriqueció el debate, y cuya importancia se intensificó por el hecho de que pese a que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 se encuentra

2 Cfr. Colombia, Ley (4 de 1992), art. 17: “Artículo 17. El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores. Aquellas y estas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el Congresista. Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal.

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

3 Invitando no solo a Colpensiones y a Fonprecon, sino también al sector sindical y obrero, a asociaciones de pensionados, al poder ejecutivo, legislativo y entidades de control.

explícitamente dirigido a los representantes y senadores, este régimen se hizo aplicable también a:

Los Magistrados de Altas Cortes —artículo 28 del Decreto 104 de 1994— y [a] ciertos funcionarios de la Rama Judicial, el Ministerio Público y órganos de control, como el Procurador General de la Nación —artículo 25 del Decreto 65 de 1998—, el Fiscal General de la Nación, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, y los Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado —artículo 25 del decreto 682 del 10 de abril de 2002—. ⁴

Lo anterior es pertinente por la forma en que la Corte Constitucional fija el problema jurídico a resolver en la sentencia:

Corresponde a la Sala determinar si se desconoce, dentro del marco de un Estado Social de Derecho, la cláusula de igualdad y los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política —tal y como fue reformada por el Acto Legislativo 1 de 2005—, el establecimiento de un régimen pensional especial a favor de los Congresistas y de todos aquellos a los que les es aplicable el artículo 17 de la Ley 4 de 1992. Este comprende —a juicio de los demandantes— reglas que les permiten acceder, en mejores condiciones que el resto de la población, a prestaciones de naturaleza pensional.

En particular, los demandantes censuran que: **(i)** la mesada pensional que pueden reclamar no está sujeta al tope establecido en el Acto Legislativo 1 de 2005, **(ii)** no sea proporcional a las cotizaciones efectuadas al sistema durante su vida laboral, **(iii)** la forma de liquidar el ingreso se toma a partir del último año de servicio y no como lo consagra el régimen general de pensiones y **(iv)** el incremento anual se hace en relación con el salario mínimo a diferencia de todas las demás mesadas pensionales que son reajustadas de conformidad con el índice de precios de consumidor (IPC). ⁵

Desarrollado el escenario jurídico en que se profirió la decisión, se pasa a analizar el fallo.

4 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia (C-258 del 7 de mayo de 2013), M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

5 Sentencia (C-258), núm. 3.2.

LA DECISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-258 de 2013, decidió declarar inexequibles las condiciones antes precisadas⁶ (i, ii, iii, iv). Es decir, lo relacionado con el último año, por todo concepto y el aumento con fundamento en el reajuste del SMLV. Además, declaró exequibles las demás expresiones, pero fijó las siguientes reglas de aplicación del Acto Legislativo n.º 1 de 2005:

Tercero.- Declarar EXEQUIBLES las restantes expresiones del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, relativas al régimen pensional de los congresistas y de los demás servidores públicos a quienes les resulte aplicable, en 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.

Cuarto.- Las pensiones reconocidas al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, con abuso del derecho o con fraude a la ley, en los términos del acápite de conclusiones de esta sentencia, se revisarán por los representantes legales de las instituciones de seguridad social competentes, quienes podrán revocarlas o reliquidarlas, según corresponda, a más tardar el 31 de diciembre de 2013.

Quinto.- En los demás casos de pensiones reconocidas de manera contraria a lo dispuesto en los numerales i, ii y iii del ordinal tercero, quienes tienen a su cargo

6 Sentencia (C-258): “**Segundo.-** Declarar INEXEQUIBLES 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”.

el reconocimiento y pago de las pensiones decretadas al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 deberán en el marco de su competencia tomar las medidas encaminadas para hacer efectivo el presente fallo, aplicando en lo pertinente, los artículos 19 y 20 la Ley 797 de 2003, en los términos del apartado de conclusiones de esta sentencia.

Sexto.- COMUNICAR la Procuraduría General de la Nación, a la Contraloría General de la República y al Ministerio del Trabajo la presente sentencia para que velen por su efectivo cumplimiento.⁷

Llama la atención que la Corte no discute una posible extralimitación en el poder reglamentario, tema que se considera debe decidirse en el futuro, como se planteará más adelante.

FUNDAMENTO DE LA DECISIÓN

Cuestiones preliminares

Luego de negar la solicitud de nulidad por extemporánea al no haber sido presentada por un interviniente, sino por algunos participantes de la audiencia pública, la Corte explicó la vigencia ultractiva del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, pues aún produce efectos jurídicos en el ordenamiento pese a la derogatoria establecida en el Decreto 1293 de 1994, mediante el cual se “ordenó la incorporación de todos los funcionarios del Congreso al régimen general de pensiones, con excepción de los beneficiarios del régimen de transición...”⁸.

Ausencia de cosa juzgada (precedente C-608 de 1999)

Asimismo, la Corte señaló que no había operado la cosa juzgada constitucional con la Sentencia C-608 de 1999⁹, por lo que conservaba su competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad de esta, al haber sido cosa juzgada relativa que se circunscribía a los “términos” de dicha sentencia, máxime cuando ocurrió no solo una novedad “en el parámetro normativo de control derivado de la expedición del Acto Legislativo 1 de 2005” que cambió “las reglas constitucionales sobre el régimen pensional, y por tanto, se produjo una inconstitucionalidad sobreviniente”, sino que además se observó la necesidad de hacer un ulterior

7 Corte Constitucional, Sentencia (C-258), Conclusiones.

8 Sentencia (C-258), núm. 3.3.2.2.

9 La Corte Constitucional cita la Sentencia C-608 de 2009 en la Sentencia C-258, pero en realidad es de 1999.

análisis al “ser consciente de que en la sociedad se presentan cambios culturales, políticos y normativos”¹⁰.

Basta simplemente con señalar que en 1999, para la Corte Constitucional era legítimo que existiera dicho régimen dada la investidura¹¹ que ostentan los congresistas. Sin embargo, la Corte precisó “que una cosa es el último año de ingresos como punto de referencia para la liquidación de las cuantías de pensiones, reajustes y sustituciones”, lo cual se encuentra en armonía con la Constitución, pero “otra muy distinta entender que el concepto de ingreso mensual promedio pueda referirse a la totalidad de los rubros que, de manera general y abstracta, han cobijado a todos los miembros del Congreso”. Inmediatamente después la Corte expresó que:

En efecto, lo razonable, dentro de criterios de justicia, es que el indicado promedio se establezca en relación directa y específica con la situación del Congresista individualmente considerado, es decir, que él refleje lo que el aspirante a la pensión ha recibido en su caso, durante el último año. Y ello por cuanto sería contrario a los objetivos de la pensión y rompería un mínimo equilibrio, afectando el postulado de la igualdad, el hecho de que se pudiese acceder a la pensión, tomando el promedio que en general devengan los congresistas durante el mencionado período, si el promedio personal y específico es distinto, por ejemplo cuando el tiempo de ejercicio del Congresista cubre apenas unos pocos meses.¹²

Nótese cómo catorce años antes se hace referencia a la justicia y a la igualdad, con referencia al criterio abstracto de los ingresos y no a los ingresos concretos del congresista. Pese a que la parte resolutive declaró la exequibilidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, se condicionó a que el ingreso para calcular la pensión fuera el recibido por el beneficiario, no por otro congresista ni por el promedio de lo recibido por los demás congresistas.

El Estado social de derecho

La Corte Constitucional recordó que el Estado colombiano es *social de derecho*, resaltando que está fundado sobre la igualdad, la dignidad, el trabajo y la solidaridad, concluyendo que “el Estado debe prestar asistencia y protección a quienes

10 Sentencia (C-258), núm. 3.3.3.4.

11 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia (C-608 de 1999), núm. 6: “el legislador puede prever regímenes especiales en materia de salarios y prestaciones. El que aquí se contempla encuentra justificación en la función atribuida a los miembros del Congreso, en su obligatoria dedicación exclusiva y en la alta responsabilidad que les corresponde, así como en el estricto régimen de incompatibilidades previsto en la Constitución”.

12 Sentencia C-608, citada en Sentencia (C-258).

se encuentren en circunstancias de mayor debilidad o vulnerabilidad, y exigir mayores contribuciones y esfuerzos a quienes están en mejor situación”¹³.

Luego de resaltar la importancia de la seguridad social como derecho y servicio para el cumplimiento de los fines del Estado social de derecho, la Corte abordó la modificación constitucional del Acto Legislativo n.º 1 de 2005, señalando el preocupante¹⁴ contexto económico que ponía en entredicho la estabilidad financiera¹⁵ del Sistema General de Pensiones y precisando que “El principal objetivo de la reforma de 2005 fue homogeneizar los requisitos y beneficios pensionales en aras de lograr una mayor equidad y sostenibilidad en el sistema”, finalidad que se buscó con:

La eliminación de los regímenes especiales; la anticipación de la finalización del régimen de transición reglamentado en la Ley 100 de 1993 —acortó su finalización del 2014 al 2010, salvo en la hipótesis de personas que tenían cotizadas al menos 750 semanas a la entrada en vigencia de la reforma—; eliminación de la mesada 14; y el establecimiento de la regla para las personas que no estuvieran cobijadas por el régimen de transición, de que las semanas cotizadas necesarias para pensionarse irían en un incremento constante, estableciéndose 1.200 semanas para el 2011, 1.225 para el 2012, 1.250 para el 2013, 1.275 en 2014 y de 2015 en adelante, 1.300 semanas o lo equivalente a 26 años.

La reforma también establece reglas unificadas para el Sistema General de Pensiones. En relación con su funcionamiento, consagró los siguientes presupuestos: (i) las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en

13 Sentencia (C-258).

14 Sentencia (C-258), núm. 3.5.5: “Para el año 2005, fecha de promulgación del Acto Legislativo 1 de 2005, Colombia tenía el cuarto pasivo pensional más alto del mundo con un 170 % del Producto Interno Bruto (PIB)[94] con un nivel de cobertura muy bajo que correspondía al 23 % de las personas mayores de 60 años[95]. Del mismo modo, la reforma legislativa se justificaba ya que las cifras macroeconómicas indicaban que en Colombia el número de afiliados era de 11.5 millones de personas, de los cuales solamente eran cotizantes activos 5,2 millones, frente a una población económicamente activa de 20,5 millones de personas. Estas cifras daban lugar a que el número de pensionados en Colombia alcanzara solo a un millón de personas, frente a cuatro millones de personas en edad de jubilación[96]”.

15 Sentencia (C-258), núm. 3.5.5.1: “En la exposición de motivos se explicó que con la Ley 100 se buscó aplicar los principios constitucionales y solucionar problemas financieros en materia pensional, resultado de algunas decisiones como bajas cotizaciones, dispersión de regímenes pensionales y beneficios exagerados; sin embargo, estos problemas no pudieron ser del todo solucionados y la situación se agravó por razones demográficas, como la disminución de la natalidad, fecundidad y mortalidad, lo cual condujo al aumento de la esperanza de vida; ésta pasó de 61 años en la década de los 70, a 70 años en la década de los 90 y posiblemente aumentará a 74 años en el 2015. Además, antes de la Ley 100 se calculaba la duración de un pago de pensión por 15 años en promedio, término que se tenía en cuenta para fijar el valor de las cotizaciones; ahora esta expectativa está en 26 años, incluyendo el disfrute por parte de beneficiarios, lo cual crea una gran desproporción entre las cotizaciones que recibe el sistema y los beneficios que debe sufragar”, a lo que se le agregó la crisis o “fase de recesión de la economía colombiana de la segunda mitad de los 90 y comienzos del presente siglo”.

vigencia de este Acto Legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas; **(ii)** para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones; **(iii)** los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido; y **(iv)** a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones.

En relación con la liquidación de las pensiones, el Acto Legislativo dispuso que sólo se tendrán en cuenta para determinar la base de liquidación, los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. El artículo 48 también señala, de forma tajante en el párrafo 10, que a partir del 31 de julio de 2010 no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública.¹⁶

En relación con los regímenes especiales y exceptuados, el Acto Legislativo 1 de 2005 solo dejó a salvo los aplicables a la fuerza pública y al presidente de la República, así como:

De igual manera, consagró las siguientes reglas para hacer efectivo este tránsito normativo: **(i)** sin perjuicio de los derechos adquiridos, la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010, **(ii)** las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010 y **(iii)** el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás

16 Sentencia (C-258), núm. 3.5.5.2.

normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en transición, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá las normas anteriores hasta el año 2014. Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que lo desarrollen.¹⁷

Luego de explicar sucintamente las características del Acto Legislativo número 1 de 2005, la Corte Constitucional se pronunció sobre los derechos adquiridos.

Los derechos adquiridos

Para la Corte, los derechos adquiridos en el Estado social de derecho brindan “protección a ciertas situaciones consolidadas frente al poder estatal, en otras palabras, obran como un límite del poder”¹⁸ y se fundamentan en la propiedad privada y en la vigencia de la ley en el tiempo. Sin embargo, la Corte también recuerda que el ejercicio de los derechos conlleva límites y que no se puede hablar de derechos absolutos. Ejemplo de ello son los artículos 58, 59 y 332 de la Constitución.

Además, la Corte resaltó y distinguió las figuras de fraude a la ley, simulación, abuso del derecho y el principio de confianza legítima.

Extensión del régimen de los congresistas a los magistrados de las Altas Cortes y a otros altos funcionarios

La Corte reconoció la aplicación de dicho régimen a otros altos funcionarios, citando los decretos mencionados¹⁹, así como mencionando otros precedentes jurisprudenciales²⁰ copiados, a continuación, *in extenso*, dada la importancia que este punto suscita frente al análisis crítico del presente artículo:

De la misma manera, la jurisprudencia constitucional ha reiterado el derecho de los Magistrados de las Altas Cortes a que les sea aplicado el mismo régimen pensional que el de los Congresistas. En efecto, la Corte en Sentencia T-214 de 1999 [198], ratificó que los Magistrados de las Altas Cortes tienen derecho a un régi-

17 Sentencia (C-258), núm. 3.5.5.3.

18 Sentencia (C-258), núm. 3.6.2.1.

19 Colombia, Decreto (104 de 1994), art. 28; Decreto (65 de 1998), art. 25 y Decreto (682 del 10 de abril de 2002), art. 25.

20 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia (T-214 de 1999).

men pensional especial, el cual puede ser el propio de la rama judicial si reúnen los requisitos para ello, o el que se desprende del de los Congresistas. Sobre el particular sostuvo:

Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional comentada anteriormente relativa a la cuantía mínima de la pensión de todo tipo de ex congresistas, según la cual todos deben recibir una idéntica mesada pensional, equivalente al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto perciban los congresistas en ejercicio, debe ser referida también, como efecto de la homologación legal, a los ex magistrados de las altas cortes. Una interpretación diferente sería, evidentemente, discriminatoria.

Aplicando las anteriores conclusiones al caso sometido ahora a la consideración de la Sala, esta encuentra que, indudablemente, al actor le asiste el derecho a percibir una pensión de jubilación que no puede estar por debajo del límite mencionado. Si al hacer la liquidación inicial, en el momento del reconocimiento que se le hizo de la pensión —ocurrido en el año de 1993— no se tuvieron en cuenta las disposiciones pertinentes del Decreto 1359 de 1993, por la sencilla razón de no haber sido expedidas para ese momento, resulta obvio que el actor tiene derecho a la reliquidación que invoca, a fin de quedar en pie de igualdad con los ex congresistas a quienes se les ha re liquidado su pensión, y a los ex magistrados que igualmente obtuvieron el reconocimiento en las condiciones de la normatividad transcrita. Contribuye a llegar a esta conclusión, el hecho de que el Decreto 1359 de 1993 dispuso que el régimen pensional de los congresistas, y por homologación de los ex magistrados, —que indica el reconocimiento de una pensión no inferior al 75% del salario mensual promedio— se aplicaría a partir de la vigencia de la Ley 4ª de 1992.

La Sala estima finalmente, que la homologación entre ex magistrados y ex-congresistas en lo concerniente a la pensión de jubilación, debe hacerse efectiva respecto de todos los ex magistrados pensionados en cualquier tiempo, por las mismas razones que expuso esta Corporación en las sentencias T-456 de 1994 y T-463 de 1995 anteriormente comentadas y relativas a pensiones de ex congresistas.

Por lo anterior la negativa de la entidad accionada a llevar a cabo la reliquidación solicitada, se erige en un desconocimiento de los derechos prestacionales del actor y además en una violación a su derecho a recibir un trato igualitario o no discriminatorio en relación con los demás ex magistrados pensionados, respecto de los cuales se encuentra en idéntica situación legal.

La Corte Constitucional también ha reiterado la aplicación del régimen especial pensional de los Congresistas a los Magistrados de las Altas Cortes en sede de control constitucional abstracto.

‘A los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, del Consejo de Estado, de la Corte Suprema de Justicia, y de la Corte Constitucional, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, el Contralor y el Registrador Nacional del Estado Civil, se les liquida la pensión de jubilación con los factores salariales de los congresistas; es decir, asignación básica, gastos de representación, prima de salud, prima de localización y vivienda, prima de navidad y prima de servicios en virtud del decreto 1293 de 1994. Esto quiere decir que no se aplica lo establecido en el artículo 15 respecto de la prima especial de servicios sin carácter salarial. Esta se reemplaza por los factores salariales de los congresistas. Los altos funcionarios cotizan sobre sus factores salariales, es decir asignación básica y gastos de representación’ [199].

También se ha extendido el régimen especial previsto en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, entre otros, a los Magistrados de Altas Cortes —artículo 28 del Decreto 104 de 1994— y ciertos funcionarios de la rama judicial y del Ministerio Público y de órganos de control como el Procurador General de la Nación —artículo 25 del Decreto 65 de 1998—, el Fiscal General de la Nación, el Registrador Nacional del Estado Civil y el Defensor del Pueblo, el Contralor General, y los Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado —artículo 25 del Decreto 682 del 10 de abril de 2002—. ²¹

Este punto será controvertido en el presente artículo, en el aparte titulado: “¿Excedió el gobierno la facultad reglamentaria otorgada mediante la Ley 4 de 1992?”.

El ejercicio del control constitucional de un precepto según el derecho viviente

Continuando con la exposición de la Sentencia C-258 de 2013, en esta se decidió hacer un análisis que tuviese en cuenta la manera como la disposición está siendo aplicada, “ya sea por las autoridades administrativas o por los jueces”, puesto “que aun cuando el control constitucional de las leyes no se genera a partir de una concepción casuística o de la simple aplicación a situaciones particulares y concretas”, con el objetivo de fijar la concordancia entre los contenidos normativos acusados con el ordenamiento Superior “resulta relevante el contexto real dentro del cual viene siendo aplicada e interpretada”²².

21 Sentencia (C-258), núm. 3.9.3.3.

22 Sentencia (C-258), nota 4.1.3.1.

De igual manera, resulta claro que el régimen dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, es constitucional si se entiende que: **(i)** no puede extenderse el régimen pensional allí previsto, a quienes con anterioridad al 1º de abril de 1994, lo cual incluye lo establecido en el artículo 2 del Decreto 1293 de 1994, no se encontraran 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 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 y **(iv)** las mesadas correspondientes no podrán superar los veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Bajo esta óptica, la Sala Plena encontró que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, en su sentido natural y en concordancia con su configuración viviente, resulta contrario al ordenamiento constitucional por cuanto **(i)** desconoce el derecho a la igualdad, en armonía con los principios constitucionales de universalidad, solidaridad y eficiencia que rigen un sistema pensional equitativo, **(ii)** genera una desproporción manifiesta entre algunas pensiones reconocidas al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 cuando, además, **(iii)** existe falta absoluta de correspondencia entre el valor de la pensión y las cotizaciones, lo cual conduce a que dicha desproporción excesiva sea **(iv)** financiada con recursos públicos mediante un subsidio muy elevado. Esto es, además, **(v)** incompatible con el principio de Estado Social de Derecho, puesto que si bien los subsidios en regímenes especiales no son *per se* contrarios a dicho principio fundamental, sí lo son los subsidios carentes de relación con el nivel de ingresos y la dedicación al servicio público del beneficiario del elevado subsidio.

Por lo tanto, en esta sentencia el principio de sostenibilidad fiscal sólo es relevante en cuanto justifica que el ahorro fiscal sea destinado a ampliar la cobertura del sistema pensional en beneficio de las personas de escasos recursos, como lo ordena el principio de Estado Social de Derecho. En ningún caso se puede concluir que los recursos públicos que ya no están destinados a subsidiar las pensiones excesivamente desproporcionadas van, en adelante, a ser destinados a reducir el déficit pensional actual.²³

Luego de ello, la Corte procedió a fijar los “efectos de la presente providencia en relación con las mesadas pensionales causadas con anterioridad a su expedición”, de los cuales se subrayan las siguientes reglas:

.....
23 Sentencia (C-258), Conclusiones.

Es posible que algunas pensiones hayan sido reconocidas con fundamento en el artículo 17 demandado sin abuso del derecho y sin fraude a la ley, y además, el beneficiario se encontraba en el régimen especial al 1 de abril de 1994, en los términos señalados en la presente providencia. [En este caso opera simplemente ajuste a los 25 SMMLV]...

En el mismo sentido el principio de confianza legítima protege a las personas que de buena fe efectuaron sus cotizaciones, obtuvieron reconocimiento de la pensión dentro del régimen especial y han contado con la aquiescencia del Estado durante varios años. Probablemente, en algunos casos, la aplicación de los numerales (ii) y (iii) en el ordinal tercero de la parte resolutive de esta sentencia, reduciría dichas pensiones por debajo de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Sin embargo, dicha reducción desconocería la confianza legítima de personas que hayan actuado de buena fe, como se indica en la parte motiva de esta sentencia, y, por lo tanto, tienen el derecho a que su situación avalada por el Estado continúe, máxime si una disminución por debajo de dicho límite afecta gravemente el derecho al mínimo vital de personas de la tercera edad. También las protege el principio de favorabilidad en materia pensional.²⁴

Además, la Corte se pronunció sobre otro tipo de pensionados, aquellos que accedieron a su pensión sin que reunieran plenamente los requisitos del régimen especial, por lo que distinguió dos situaciones:

2.1 Aquellas pensiones adquiridas de forma ilegal, con fraude a la ley o con abuso al derecho. Éstas se revisarán por los representantes legales de las instituciones de seguridad social competentes, quienes podrán revocarlas o reliquidarlas, según corresponda, a más tardar el 31 de diciembre de 2013.

2.2 La segunda de las situaciones se presenta frente a: (i) las personas que al 1° de abril de 1994 no se encontraban inscritos, salvo el caso previsto en el artículo 2 del Decreto 1293 de 1994, en el régimen especial dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, en desconocimiento de la Sentencia C-596 de 1997, (ii) las pensiones reajustadas con el único propósito de equiparar la pensión del interesado, a la de otro congresista que se pensionó con base en un ingreso superior correspondiente a otro período legislativo diferente a aquél durante el cual prestó sus servicios el interesado en que su pensión sea reajustada e igualada. Es este último el caso de algunas pensiones reconocidas judicialmente con el mismo propósito, es decir, con el objetivo de igualar una pensión inferior reconocida a un congresista que prestó sus servicios en un periodo diferente a otro congresista que está

24 Sentencia (C-258), Conclusiones, núm. 1.

recibiendo, debido a que su ingreso fue superior, una pensión también superior. [Al respecto recordar la declaratoria de exequibilidad condicionada en la sentencia C-608 de 1999]. (iii) También es este el caso de las pensiones que hubieren sido reconocidas después del 31 de julio de 2010, sin aplicar lo establecido en el Acto Legislativo 1 de 2005.²⁵

Finalmente, ordenó la Corte que se acudiera a un procedimiento regulado en la ley, para que se revisen y reliquiden pensiones reconocidas bajo las condiciones antes precisadas, con el objetivo de proteger el debido proceso y que las decisiones sean tomadas de manera reflexiva:

Cuando este tipo de pensiones u otras claramente ajenas a las condiciones del régimen especial previsto el artículo 17 hayan sido reconocidas por vía de acto administrativo, lo procedente es aplicar el artículo 19 de la ley 797 de 2003. En cambio cuando dichas pensiones hayan sido reconocidas judicialmente el mecanismo apropiado es el artículo 20 de dicha ley. La Corte reconoce que estos mecanismos fueron diseñados para otros propósitos. No obstante sería contrario al principio de legalidad permitir reliquidaciones o revisiones de estas pensiones sin acudir a un procedimiento regulado en la ley, y, ante la ausencia de disposiciones legislativas al respecto, lo procedente es aplicar en lo pertinente el mecanismo legal existente. De esta manera, se respeta lo establecido en el último inciso del Acto Legislativo 1 de 2005, según el cual *“la ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas (...) sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley”...*

En efecto, sería manifiestamente inconstitucional reducir la pensión... [pues]... equivaldría a afectar gravemente el derecho al mínimo vital de personas en una situación de vulnerabilidad.

La protección especial ordenada por la Constitución a las personas de la tercera edad hace imposible que las mesadas de los pensionados sean reducidas de manera excesiva, dejando a estas personas en una situación de absoluta indefensión puesto que les es imposible cumplir, en este momento de su vida, los requisitos que se derivan del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o del artículo 21 de la misma.²⁶

Basta agregar, por el momento, que la determinación de los beneficiarios del régimen de congresistas no está finalizada ni se encuentra decantada. Por el contrario, está en desarrollo, pues no solo contiene múltiples aristas que implican un

25 Sentencia (C-258), Conclusiones, núms. 2.1 y 2.2.

26 Sentencia (C-258), Conclusiones, núm. 2.2.

estudio minucioso del régimen, sino que además falta aún el pronunciamiento del Consejo de Estado sobre la posible extralimitación de las facultades entregadas por el Congreso al Gobierno.

Aunque será objeto de un desarrollo posterior, se anticipa que lo que consideramos el aporte principal del presente artículo es la existencia de tal extralimitación, la cual se concreta en la ampliación de la cobertura de un régimen especial previsto, en un inicio, solo para los congresistas a otros funcionarios del Estado, sin competencia para ello.

LA SENTENCIA T-615 DE 2015 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Mediante la Sentencia T-616 de 2015, la Corte Constitucional reiteró la ya analizada Sentencia C-258, al ocuparse del caso de siete excongresistas que consideraron vulnerado su derecho al debido proceso, pues Fonprecon procedió a emitir la Resolución n.º 443 del 12 de junio de 2013, mediante la cual dio cumplimiento a lo establecido en la Sentencia C-258, reajustando el tope pensional a 25 SMLV de manera automática en cada uno de los casos. Para la Corte, tal y como lo había señalado en la Sentencia C-258 de 2013, en este caso, no era necesario iniciar un procedimiento administrativo para efectuar dicho reajuste por lo que no se vulneró el debido proceso a los accionantes, como tampoco se violó el derecho fundamental al mínimo vital:

Toda vez que la suma de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes fue considerada por el constituyente derivado como razonable para el desarrollo de una vida digna, excediendo incluso lo devengado por la mayoría de la población del Estado colombiano por concepto de pensión, siendo esta la posición adoptada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013.²⁷

Con fundamento en lo anterior la Corte decidió denegar las pretensiones avalando así el actuar de Fonprecon. Por consiguiente, resulta interesante resaltar que, contrario a lo que han sostenido algunos jueces y apoderados²⁸, e inclusive los consejeros de Estado²⁹, con las dos decisiones de la Corte sobre el ré-

27 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia (T-615 del 28 de septiembre de 2015), M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado, Conclusiones, núm. 44.

28 Interpretación efectuada por un magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca por medio de una aclaración de voto, así como por los apoderados de los accionantes.

29 Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Segunda, Sentencia (25000-23-25-000-2007-00242-01(0927-11) del 21 de agosto de 2014), C.P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez: “Sin embargo, esta Sección considera oportuno citar dos casos de similares características al anterior, que sí fueron decididos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la siguiente manera: El caso Cinco Pensionistas contra el Estado Peruano [...]”.

gimen de los congresistas, no se está vulnerando el precedente de la CIDH del caso “Cinco pensionistas contra Perú”³⁰:

En Colombia, en lo concerniente a la orden de reducción de las mesadas pensionales al límite constitucional, se advierte que existe no sólo una norma de rango legal, sino de carácter constitucional, que optó por implementar un tope máximo a los montos que se reconocen y pagan por concepto de pensión, contrario a lo que había sucedido en el Perú cuando por decisiones administrativas se afectó el derecho a la pensión. Asimismo, la finalidad de dicho tope es la protección de la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, y de los principios de igualdad y universalidad en materia de seguridad social, consideraciones que tienen un carácter de utilidad pública e interés social.³¹

Inclusive la Corte explicó que la situación fáctica entre el caso de los “Cinco pensionistas” y el analizado diferían sustancialmente, pues fue el Estado (y no el constituyente derivado) el que, por intermedio de sus instituciones gubernamentales, “modificó en forma arbitraria y sustancial los montos de las mesadas pensionales de los peticionarios”, desconociendo así decisiones de los tribunales internos que ordenaban el pago de las pensiones de acuerdo con la normativa vigente.

APROXIMACIÓN A LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Para observar la interacción entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, se seleccionaron las sentencias más relevantes proferidas con posterioridad al 7 de mayo de 2013 (fecha en que se profirió la Sentencia C-258).

En Sentencia del 1.º de julio de 2013 (Rad. 1079-10), el Consejo de Estado revocó la Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca al concluir que solo son beneficiarios por homologación del régimen pensional de los congresistas aquellos magistrados de las Altas Cortes, “es decir quienes hacen parte del Consejo Superior de la Judicatura, Corte Constitucional, Corte Su-

30 Sobre dicho caso se ha mencionado en la doctrina: “Específicamente, en el caso Cinco Pensionistas vs Perú la Corte Interamericana definió que las eventuales limitaciones al derecho de propiedad autorizadas por la CADH exigen que estas sean implementadas según las vías legales pertinentes, que sean sustentadas en razones de utilidad pública o de interés social, que sean adoptadas siguiendo procedimientos que garanticen el pleno respeto de las garantías procesales pertinentes y que, en todo caso, se adelanten respetando las decisiones de los tribunales de justicia”. Cfr. Diana Katherine Neita Rodríguez, “Corte Interamericana de Derechos Humanos y decisiones sobre derechos laborales” en Diana Katherine Neita Rodríguez *et al.*, *La protección de los derechos laborales y de seguridad social en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (Bogotá: Universidad externado de Colombia, 2016), 283.

31 Sentencia (T-615 del 28 de septiembre de 2015).

prema de Justicia y Consejo de Estado”³² según lo establecido en artículo 28 del Decreto 104 de 1994, condición con la que no cumplía el actor “pues el último cargo desempeñado en la Jurisdicción fue el de Magistrado del Tribunal de Aduanas”.

El 21 de agosto de 2014, el Consejo de Estado profirió una sentencia en la que se estudia el régimen especial de pensiones dispuesto para los Congresistas y la aplicación de este a los magistrados de las Altas Cortes, para luego pronunciarse sobre la “aplicabilidad” de la Sentencia C-258, sobre la cual se concluye:

Si bien los derechos adquiridos en materia pensional no son absolutos, las limitaciones y restricciones deben sustentarse en la vía legal adecuada, en razones de utilidad pública o interés social y en todo caso, deberán imponerse luego de agotar el procedimiento adecuado.

La orden dada por la Corte Constitucional en la sentencia C-258-13 no cumple ninguno de los parámetros antes referidos dado que, en primer lugar, no existe fundamento constitucional o legal pues el acto legislativo 01 de 2005 no limitó o restringió derechos adquiridos en materia pensional, por el contrario, garantizó las pensiones consolidadas antes de su vigencia y, en tal virtud, dispuso que el tope de las prestaciones con cargo a recursos de naturaleza pública se aplicaría a las causadas solo a partir del 31 de julio de 2010.

En segundo lugar, la aplicación del tope pensional ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia C-258-13 a todas las pensiones que excedieran los 25 salarios mínimos legales mensuales fue impuesta sin necesidad de hacer reliquidaciones caso por caso, es decir, que la limitación o restricción del derecho adquirido no obedeció al agotamiento de un procedimiento sino que se produjo de manera imperativa, a partir del 1 de julio de 2013.

Por todo lo anterior, los parámetros establecidos tanto en la parte resolutive como en la considerativa de la sentencia C-258-13, no resultan aplicables a aquellas pensiones consolidadas con anterioridad a su expedición, ni a las causadas antes del 31 de julio de 2010 en lo que tiene que ver con el tope, en razón a que constituyen derechos adquiridos que si bien no son absolutos, solo pueden ser modificados luego de agotar el procedimiento dispuesto en la ley para los casos en que

32 Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia (25000-23-25-000-2005-09937-01(1079-10) del 11 de julio de 2013), C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero.

fueron reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley (Art. 48 Constitución Política).³³

Es evidente la disparidad de criterio entre las dos corporaciones sobre este punto, criterio con el que la Sala procedió a decidir el caso concreto conforme a los parámetros fijados sobre el régimen pensional especial de Congresistas vigente con anterioridad a la Sentencia C-258-13.

Sin embargo, existen aspectos armónicos. Recientemente, el Consejo de Estado en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo (6 de junio de 2017) profirió una sentencia³⁴ que desató el recurso de súplica interpuesto por la Procuraduría General de la Nación y expresó que:

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

Interpretación esta que de paso sea decirlo ya fue acogida por la Sección Segunda de esta Corporación.³⁵

33 Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Segunda, Sentencia (25000-23-25-000-2007-00242-01 del 21 de agosto de 2014), C.P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez.

34 La que se transcribe para conocer el contexto en el que se profiere, así: “la sentencia objeto de súplica le reconoció equivocadamente al demandante el régimen especial de congresista, cuando no tenía derecho a los beneficios de este, toda vez que ingresó a la rama judicial al cargo de Consejero de Estado el 1º de junio de 1996, fecha para la cual los funcionarios de este poder público hacían parte del sistema general de pensiones de la Ley 100 y no tenían una regulación especial en materia pensional [...]. El argumento central del recurso está en que la sentencia recurrida desconoció que el régimen pensional especial creado para los congresistas por la Ley 4ª y cuya extensión ordenó el Gobierno Nacional a los magistrados de las Altas Cortes en el Decreto 104 de 1994, artículo 28, solo era aplicable para aquellos funcionarios de la rama judicial y del legislativo que tuvieran la calidad de magistrados y congresistas para el 1º de abril de 1994, es decir, para quienes a la entrada en vigencia de la Ley 100 ostentaran dichas dignidades y no para los que la adquirieran con posterioridad. En consecuencia, una vez los congresistas y funcionarios de la rama judicial fueron incorporados al régimen general de la Ley 100, mediante el Decreto 691 de 1994, el régimen de transición que creó el Decreto 1293 de 1994, lo fue únicamente para aquellos funcionarios que estaban vinculados al Congreso o a la rama judicial en ese momento y no para aquellos que se ingresaron con posterioridad”.

35 Colombia, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Expediente n.º 25000-23-25-000-2006-

Con este pronunciamiento se avaló la tesis de la Procuraduría General de la Nación consistente en que “la sentencia recurrida desconoció que este régimen pensional especial solo era aplicable a aquellos funcionarios de la Rama Judicial y del legislativo que ocuparan cargos en estas instituciones al 1° de abril de 1994, y no para quienes llegaran a ocupar los mismos con posterioridad a esa fecha”³⁶. El recurso de súplica disminuyó la onerosa pensión que venía disfrutando el exconsejero de Estado Tomás Javier Díaz Bueno. No obstante a lo anterior, advirtió esta corporación que:

El mayor valor que recibió el demandante por concepto de pensión, en razón de la sentencia que por esta providencia se infirma, no podrá ser objeto de devolución por cuanto este fue cancelado como consecuencia de una providencia judicial y, por tanto, fue recibido de buena fe por aquel, en los términos del artículo 136, numeral 2 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el Decreto 2304 de 1989.³⁷

En otras palabras, pese a que por aproximadamente quince años el demandante fue beneficiario de una pensión ilegal (consecuencia de la sentencia de 29 de mayo de 2003, Rad. n.º 25001-23-25-000-1999-6490-02 3054-02), no está obligado a rembolsar el mayor valor que percibió, pese al detrimento patrimonial que sufrió el Estado. Si bien la buena fe del actor podría ser objeto de discusión, se considera que como mínimo debería analizarse la responsabilidad del Estado-legislador y el Estado-juez, ya que probablemente las acciones de repetición deben estar prescritas.

Se vislumbra, entonces, cómo se desnaturaliza la aplicación³⁸ de principios como los de condición más beneficiosa, protección de derechos o incluso el recurrente argumento de favorabilidad que se suele usar, algunas veces de manera arbitraria, en temas pensionales, pues dicha figura aplica a normas e interpretaciones vigentes, por lo que primero debe ser superada dicha exigencia de vigencia³⁹.

.....
08441-01 (1423-2009), Sentencia (22 de agosto de 2013). Actor: Fondo De Previsión Social Del Congreso De La República (Fonprecon) C/ Hernando Segura Perdomo. C.P.: Gustavo Gómez Aranguren; Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintidós Especial de Decisión, Sentencia (11001-03-15-000-2004-01034-00(S) del 6 de junio de 2017), C.P.: Alberto Yepes Barreiro.

36 “Tumban una de las superpensiones que otorgó Alejandro Ordóñez”, *La Silla Vacía*, (consultado el 31 de julio de 2017), <https://www.las2orillas.co/tumban-una-las-megapensiones-otorgo-alejandro-ordonez/>.

37 Sentencia (11001-03-15-000-2004-01034-00(S) del 6 de junio de 2017), C.P.: Alberto Yepes Barreiro.

38 Al respecto: Diana Katherine Neita *et al.*, *Principios de norma más favorable, condición más beneficiosa e indubio pro operario* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015).

39 En materia laboral y pensional rige el principio de favorabilidad en la interpretación y en la aplicación de las normas, pero antes de determinar cuál es más favorable al trabajador, las disposiciones a aplicar o

¿EXCEDIÓ EL GOBIERNO LA FACULTAD REGLAMENTARIA OTORGADA MEDIANTE LA LEY 4 DE 1992?

Como se explicó, y por tratarse de un aspecto cuyo pronunciamiento no opera de oficio, sino debe ser rogado, ni la Corte Constitucional ni el Consejo de Estado se han pronunciado sobre la legalidad de la ampliación del régimen de congresistas a otros altos funcionarios del Estado colombiano. Por el contrario, se profirieron sentencias, como la C-258, basándose sobre el presupuesto de la extensibilidad y sin hacer referencia a la extralimitación de la facultad reglamentaria.

Sin embargo, en nuestro criterio, el Gobierno excedió la facultad reglamentaria⁴⁰ otorgada por medio de la Ley 4 de 1992. El principal argumento de esta afirmación es que, de conformidad con el artículo 150 de la CP, es el Congreso el que tiene la competencia de “Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública”⁴¹. Dicha competencia podría haber sido cedida al Gobierno, pero toda vez que no es posible encontrar el fundamento para tal habilitación, no puede sino concluirse que el Gobierno no estaba facultado para extender el régimen de los congresistas a otros funcionarios, en esta medida, no hay fundamento alguno que lo haya revestido de competencia para hacerlo.

Además, los Decretos 104 de 1994, 65 de 1998 y 682 de 2002 mencionan conjunta y expresamente que el presidente, “en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4a. de 1992”, decide equiparar el régimen pensional de altos funcionarios con el de los congresistas, sin que exista norma alguna que lo

interpretar deben soportar y superar exitosamente al menos los juicios de validez y eficacia (al respecto ver: Norberto Bobbio, “Justicia, validez y eficacia,” en *Teoría general del derecho*, trad. Eduardo Rozo Acuña (Bogotá: Temis, 1987), 20 y ss., y la Sentencia (T-832A del 14 de noviembre de 2013), M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva: “El principio de favorabilidad se aplica en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos *vigentes* al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto)”.

40 Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia (11001-03-25-000-2005-00157-01(7426-05) del 11 de octubre de 2007), C.P.: Jaime Moreno García: “De conformidad con el artículo 189-11 de la Constitución, el Presidente de la República tiene asignada, en forma general, la denominada potestad reglamentaria que, como su nombre lo indica, lo faculta para reglamentar las leyes [...] Esta atribución no es ilimitada, pues está sujeta a la Constitución y al contenido de la misma ley que se va a reglamentar, de manera que el Jefe del Ejecutivo no puede ir más allá de su contenido para ampliar, modificar o restringir su alcance. Dicho poder de reglamentación tiene como propósito fundamental hacer operativa la ley, es decir, permitir que ella tenga cumplida ejecución. La función del reglamento es hacer eficaz y plenamente operante la norma superior de derecho, de manera que so pretexto de reglamentación, introducir normas nuevas, preceptos que no se desprenden de las disposiciones legales, reglas que impongan obligaciones o prohibiciones más allá del contenido intrínseco de la ley, es una extralimitación que afecta la voluntad legislativa”.

41 Colombia, Constitución Política, art. 150, núm. 19, lit. e.

faculte para estos menesteres. Considerado esto, la extralimitación salta a la vista, máxime cuando el artículo 17 de la Ley se dirige exclusivamente a los representantes y senadores.

Ahora bien, este señalamiento, consistente en la procedencia de la declaratoria de nulidad sobre los artículos antes mencionados, debe ser discutido y decidido por la autoridad competente, puesto que hasta que no se declare su nulidad, estos continuarán produciendo efectos, pues se presume su legalidad.

Si se compartiera por el organismo de control la existencia de la extralimitación aquí planteada, es decir, por el Consejo de Estado⁴², ello significaría que se tendría que decidir sobre la declaratoria de nulidad de los decretos⁴³ antes referidos, además determinar si dicha declaratoria opera con efectos *ex tunc* o *ex nunc*. Esta eventual modulación de la decisión tendría una implicación práctica muy importante, porque indicaría que ningún otro funcionario en Colombia, distinto de los congresistas, podría legítimamente haberse beneficiado o beneficiarse de una pensión con las condiciones de estos, pues las normas contenidas en los decretos que permiten predicar la ampliación de dicho régimen a otros funcionarios de alto nivel serían expulsadas del ordenamiento jurídico.

Al respecto, consideramos que la declaratoria debería ser con efectos *ex tunc*, pues es contrario a la lógica que sobreviva un acto administrativo o sentencia judicial que nació espurio, ya que se fundamenta en una extralimitación de las facultades reglamentarias. Válgase la equiparación, si se decidiera de otra manera, es como pretender que un castillo de naipes siga en pie luego de haberse caído las bases que los sostenían.

Insistimos con efectos *ex tunc*⁴⁴, pues habrían sido normas concebidas con violación de la Constitución y la ley por extralimitación de las facultades regla-

42 Colombia, Ley (1437 de 2011), sobre el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: “**Artículo 111. Funciones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.** La Sala de lo Contencioso administrativo en pleno tendrá las siguientes funciones: [...] 5. Conocer de la nulidad por inconstitucionalidad que se promueva contra los decretos cuyo control no corresponda a la Corte Constitucional”. A su vez el artículo 241 de la Constitución, al referirse a los decretos sobre los cuales tiene el poder de decidir sobre su constitucionalidad, no cobija dentro de su competencia los que fueron proferidos en virtud del literal e y f del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución, que son las disposiciones que sirvieron de sustento para proferir la Ley 4 de 1992. Es por ello que la competencia es del máximo órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

43 Aunque, por ejemplo, el Decreto 104 de 1994 fue derogado por el artículo 31 del Decreto 47 de 1995, ello no es óbice para declarar su nulidad, pues como bien lo explicó la Sentencia (C-1067 de 2008), M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra basta con demostrar que la norma continúa produciendo efectos: “la sustitución o derogatoria de una norma no es por sí misma motivo o causa para el rechazo de la demanda o para que la Corte profiera un fallo inhibitorio; lo anterior por cuanto la norma puede encontrarse produciendo efectos jurídicos, o llegar a producirlos en el futuro, por lo cual puede ser necesario un pronunciamiento de mérito”.

44 Sobre este punto, la Corte Constitucional espató un criterio trasladable a la jurisprudencia del Consejo de Estado: “[...] los efectos retroactivos de la sentencia de inexecutable encuentran un sólido respaldo en el principio de supremacía constitucional y la realización de otros valores o principios

mentarias concedidas al Gobierno (Cesar Gaviria, Ernesto Samper y Andrés Pastrana, para ser más específicos), por lo que no se estaría frente a la hipótesis de respeto por los derechos adquiridos, ya que las normas en que se fundan son inconstitucionales e ilegales. En otras palabras, una eventual pretensión de protección a los derechos adquiridos debe ceder ante la declaratoria de nulidad. Ni el legislador, ni la administración de justicia son infalibles. Todo ordenamiento jurídico está diseñado y es aplicado por seres humanos, en cuanto tales, falibles, pasibles de error, sea de buena o de mala fe. Para subsanar esta posibilidad, se han dispuesto mecanismos jurídicos consistentes, no solo en recursos al interior de procesos y actuaciones administrativas, sino incluso instrumentos judiciales como las acciones de lesividad, de nulidad o de inconstitucionalidad de las normas.

Dado que en la actualidad no existe⁴⁵ pronunciamiento alguno sobre la nulidad de los artículos de las normas que hacen extensible el régimen especial de los congresistas a otros funcionarios, sería no solo interesante sino urgente y necesario radicar la demanda de dichas normas para contar con las decisiones lo antes posible, y así detener el pago de las pensiones que fueron reconocidas mediante mecanismos inconstitucionales e ilegales. De acogerse la posición aquí planteada, se frenaría un desangre económico que impediría que se continuara afectando la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, y además se reevaluarían y recogerían un sinnúmero de posiciones jurídicas adoptadas durante los años por las corporaciones.

En otras palabras, lo anterior implica que no solo las pensiones reconocidas a otros funcionarios diferentes a los congresistas bajo la aplicación del régimen aquí explicado estarían llamadas a su revocación o declaratoria de nulidad, sino que con ello todas las consideraciones derivadas al respecto (como, por ejemplo, la aplicación del régimen de transición).

.....

contenidos en ella no menos importantes. Bajo esta óptica se afirma que por tratarse de un vicio que afectaba la validez de la norma, sus efectos deben ser *ex tunc* —desde siempre— cual si se tratara de una nulidad, para deshacer las consecuencias derivadas de la aplicación de esa normas espurias siempre y cuando las condiciones fácticas y jurídicas así lo permitan.

En el escenario descrito, para el caso colombiano la regulación acogida por el Constituyente y desarrollada por el Legislador con el fin de armonizar esas posiciones, establece que la Corte Constitucional tiene no sólo la potestad sino el deber de modular los efectos temporales de sus providencias, pues a ella se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política”. Ver Colombia, Corte Constitucional, Sentencia (C-619 del 29 de julio de 2003), M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

45 Se verificó en la página oficial del Consejo de Estado lo relacionado con el Decreto (104 de 1994), art. 28; Decreto (65 de 1998), art. 25, y Decreto (682 de 2002), art. 28, mediante el uso de la restricción de búsqueda “norma demandada”. Consultado el (25 de enero de 2017), <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

PENSIONI D'ORO

EL VITALIZIO: PRESTACIÓN PERIÓDICA DE LOS PARLAMENTARIOS

La discusión afrontada por la Corte Constitucional colombiana no tiene un encuentro directo en la jurisprudencia constitucional italiana. Y ello, no porque no ocurra el problema pensional del privilegiado régimen disfrutado por los miembros del parlamento. El problema no fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte dado que la normativa correspondiente en Italia no fue establecida por la ley, sino que por el contrario las disposiciones emanadas se profieren mediante un régimen particular atribuido exclusivamente a las cámaras del parlamento⁴⁶. Aquellas, en virtud de un antiguo principio de garantía, emanan las reglas sobre las cuales solo las mismas Cámaras tienen jurisdicción (*interna corporis*), abstrayéndose así de cualquier control judicial que pretendiera eliminarlas o modificarlas.

El principio originado en el derecho parlamentario británico, con el objetivo de tutelar la autonomía parlamentaria respecto de la invasión de otros poderes constitucionales, hoy no tiene la fuerza persuasiva de hace algún tiempo. Inclusive es objeto de críticas al ser juzgado por contener privilegios irracionales y es catalogado como uno de los más ventajosos entre los países de la Unión Europea⁴⁷.

Así ocurre que, en las aulas parlamentarias italianas, se discuta la exigencia de una revisión sobre la disciplina de las condiciones de retiro de la cual gozan los exparlamentarios (*disciplina dei vitalizi*)⁴⁸. Incluso, por parte de algunas fuerzas políticas se invoca no solo su ajuste a las reglas generales en materia pensional, sino que además se pretende su supresión. Otras corrientes parlamentarias defienden su sobrevivencia, así sea objeto de reforma, por considerarla un instrumento que permite el ejercicio de la función parlamentaria incluso para aquellos que no gocen de réditos pensionales particularmente elevados⁴⁹. Se afirma que

46 Reglamento interno.

47 Primo Di Nicola, Antonio Pitoni y Giorgio Velardi, *Orgoglio e vitalizio* (Roma: Il Fatto, 2017), 126.

48 Es la forma de denominar el régimen de retiro de los parlamentarios en Italia, el cual consiste en un pago periódico hasta la muerte cuando no pasa a sus sobrevivientes (cónyuge, hijos, etc.). La reforma al Reglamento Interno del 2012 abolió los *vitalizi*, manteniéndolos para aquellos cuyo mandato hubiese finalizado antes de dicha anualidad. El 9 de junio de 2015 se presentó un proyecto de ley que pretende abolir la *disciplina dei vitalizi* inclusive para aquellos que aún hoy la conservan, con el objetivo de implementar un nuevo régimen que cobije los miembros del parlamento y los consejeros regionales, equiparándolo al régimen pensional al de los trabajadores dependientes. Consultado el (17 de marzo de 2018), http://www.camera.it/_dati/leg17/lavori/schedela/apriTelecomando_wai.asp?codice=17PDL0033040

49 Dado que dicho pago se concede de manera adicional, independiente o paralelo al derecho pensional propiamente dicho.

solo en estas condiciones se permitirían los parlamentarios abstenerse de adquirir trabajos adicionales remunerados durante el periodo del mandato, con la consecuente pérdida de tutela pensional del régimen general.

La reforma de los *vitalizi*, incluso auspiciada por quien se opone a su eliminación, se establece con el objetivo de depurar la disciplina de la más flagrante discrepancia en relación con lo que dispone la ley en el tema pensional para la generalidad de los ciudadanos italianos.

La solución parece, por el momento, encargada al equilibrio y a la razonabilidad de los parlamentarios, quienes deberán proceder en el ámbito de las prerrogativas a las que aspiran, a la luz del principio de autonomía de las cámaras cuando emanan su propia y específica normativa, que por lo demás se encuentra sustraída a la valoración de otros órganos constitucionales. Siempre de manera autónoma, las Cámaras Parlamentarias proveen a la administración de sus propias exigencias, incluso en cuanto a lo que respecta los gastos de funcionamiento y al rédito reconocido a los parlamentarios, por el periodo del encargo y por aquel sucesivo al finalizar el mandato.

Ningún límite de competencia. Por el contrario, se le advierte a la Corte Constitucional la prohibición de incidir sobre la disciplina de las pensiones dictada mediante la vía general de la ley. Aquí el aspecto delicado no está relacionado con la formal atribución de las competencias de intervención, que nadie mete en discusión, sino con el hecho de que la materia pensional sea definida por un órgano público con naturaleza técnica, aunque con influencias políticas, en lugar del Parlamento, órgano propiamente investido de representación popular.

EL RECONOCIMIENTO MONETARIO DEL DESGASTE INFLACIONARIO

La *perequazione*⁵⁰ automática de las pensiones, instrumento al que en adelante nos referiremos como *compensación*⁵¹, es aquel por medio del cual estas se ajustan al cambio del poder adquisitivo de la moneda en Italia, que fue regulada por la Ley 903 del 21 de julio de 1965, dada la necesidad de afrontar la devaluación de las prestaciones de seguridad social causadas por las tensiones inflacionarias que incluso se registran hasta hoy.

Dicha disciplina ha sido objeto de numerosas modificaciones sobre varios aspectos del mecanismo de revaluación automática, por lo que el complejo cuadro histórico-evolutivo de la normativa de compensación fue marcado por

50 Término entendido como el incremento del monto pensional para contrarrestar los efectos de la inflación.

51 Se prefirió la palabra compensación y no indexación o ajuste, dado el particular tratamiento que se observa en el derecho italiano, ya que no, en todos los casos, reconoce el 100% de la pérdida del poder adquisitivo.

diferentes intervenciones legislativas, las cuales no se detallarán aquí. Sin embargo, resulta de todas formas clara la tendencia de tutelar plenamente la erosión provocada por las dinámicas inflacionarias solamente sobre las pensiones de más bajo nivel.

En referencia a los años recientes, se resalta que tales intervenciones legislativas han interactuado significativamente incluso con los pronunciamientos de la Corte Constitucional, además han sido acogidas y apreciadas de distintas maneras.

La Corte Constitucional italiana, en sentencia número 70 del 30 de abril de 2015 (sentencia sobre la cual se hará referencia con mayor extensión más adelante), declaró la inconstitucionalidad del numeral 25 del artículo 24 del Decreto Legislativo 201 del 6 de diciembre de 2011, convertido en ley mediante la Sentencia número 214 del 22 de diciembre de 2011, que bloqueó o inmovilizó el ajuste de las pensiones con un importe superior a tres veces el monto mínimo de las pensiones que corresponden al Instituto Nacional de Seguridad Social (INPS)⁵² italiano.

Como consecuencia de la citada disposición legislativa se materializó un mecanismo de indexación del 100% sobre las mesadas pensionales de hasta tres veces el monto mínimo del INPS, mientras que las pensiones de importe superior no eran objeto de revaluación alguna.

El bloqueo de la compensación automática de las pensiones operó, entonces, en perjuicio de las pensiones superiores a 1217 euros, las que teniendo en cuenta el nivel de vida y los precios italianos, es al menos optimista definir las como *pensioni d'oro*⁵³. El mismo mecanismo, por otra parte, se desviaba de lo que había sido previsto por la normativa precedente sobre la materia, la cual no hacía distinción sobre el monto de la pensión para bloquear la compensación, sino que contenía medidas diferentes dependiendo del rango al que correspondiera el monto de la pensión. Para aquellas más bajas, se aplicaba la compensación, la cual operaba progresivamente de manera reducida dependiendo del rango del ingreso pensional⁵⁴.

Sobre esta drástica disciplina de modulación de la compensación caló la manía del juez de la ley, que, con la citada Sentencia número 70 del 2015, lo que hizo fue reducir a cero los efectos de la intervención legislativa.

52 Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS).

53 En Italia también se conocen como pensiones de oro en general aquellas cuyo monto mensual supera los 2500 o 3000 euros, por considerarse un valor elevado. "Pensioni d'oro", *Il sole 24 ore*. Consultado el (30 de julio de 2017), <http://argomenti.ilsole24ore.com/parolechiave/pensioni-d-oro.html>

54 Los rangos fueron los siguientes: pensiones hasta tres veces el monto mínimo del INPS corresponde el 100%. El 45% para las superiores a 6; el 50% para superiores a 5; el 75% para superiores a 4 y el 95% para superiores a 3.

Sin embargo, el problema de los costos del sistema de seguridad social y de la insuficiencia de los recursos financieros disponibles no fue eliminado con la sentencia y su supervivencia sirvió de base para justificar ulteriores intervenciones legislativas.

Así, después de la citada sentencia de la Corte Constitucional, el Gobierno, con el Decreto Ley 65 del 2015, convertido luego en la Ley 109 de la misma anualidad, formuló de nuevo las normas declaradas inconstitucionales y lo hizo con eficacia retroactiva, ampliando de dos a cinco años el arco de aplicación temporal de la decisión del 2011 que se declaró inconstitucional.

La justificación del legislador fue también la falta de fondos para la cobertura de las obligaciones del sistema pensional. La normativa, sin embargo, suscitó duras críticas por parte de quien resaltó el hecho de que si la falta de dinero, para ningún deudor, no ha sido considerada una justificación atendible para no honrar las propias deudas, mucho menos puede serlo para el Estado, cuyo comportamiento por su parte, termina por ser ejemplo para los ciudadanos.

También se observó que en el caso del Estado, la motivación resultaba contradictoria por un hecho objetivo: el ajuste de las pensiones mínimas está cubierto por una contribución (el 0,50 % del salario en los términos del artículo 3 de la Ley 297 de 1982) a cargo de los trabajadores dependientes. A los recursos financieros constituidos a dicho título se podía y sobre todo se debía recurrir. Ni siquiera la nueva disciplina se salvó del control del juez de la ley, quien esta vez decidió con un juicio favorable a la ortodoxia constitucional de la normatividad más reciente, mediante la Sentencia 173 de 2016.

Es interesante comparar las dos sentencias de la Corte Constitucional italiana, las cuales, pronunciándose sobre leyes sustancialmente conexas dado que las normas sometidas al examen del juez de la ley dispusieron en ambos casos una moderación a la compensación automática de las pensiones más onerosas, llegaron a conclusiones diferentes sobre su conformidad con la Constitución, siendo proferidas en un lapso relativamente breve y en un contexto socioeconómico que no ha sufrido modificaciones decisivas.

Sobre todo, se resalta que los dos pronunciamientos, más allá de las diferentes conclusiones, se han unido por ser fruto de aquello que puede definirse un rebote entre legislador y Corte Constitucional, y de un rebote justamente definido como poco dialógico.

Ambas decisiones también suscitaron debates que vieron contrarrestada la tesis de aquellos que se dispusieron a la defensa a ultranza de los derechos de los que percibían la pensión, en contraposición a la tesis de aquellos que tenían ondeando, por el contrario, la bandera del equilibrio de la balanza del Estado, a justificación de la reducción de los niveles pensionales de quienes estaban aún madurando sus derechos.

En todo caso, con independencia de cuál sea la valoración de las diferentes conclusiones a las cuales las sentencias llegaron y de los varios argumentos en clave de desarrollo, no es posible ignorar el hecho de que las sentencias tienen el innegable efecto de orientar al legislador en materia pensional.

Entonces, es oportuno fijar más la atención sobre las importantes implicaciones a nivel sistémico, respectivamente propuestas por las sentencias, que sobre aquellos que podemos llamar los *singulares pilares argumentativos* sobre los cuales las distintas conclusiones fueron construidas. Se observa que tal actitud resulta aún más oportuna, dada la futura confrontación con el legislador, cuyo hipotético análisis es razonable anticipar cuando no pueda ser excluida la exigencia de proveer hacia una reorganización orgánica de la normativa sobre pensiones.

La Sentencia número 70 de 2015, como ya se señaló, confirma que es constitucionalmente ilegítimo el numeral 25 del artículo 24 del Decreto legislativo 201 del 6 de diciembre de 2011, en la parte en la cual prevé que:

En consideración a la contingente situación financiera, la revaluación automática de las pensiones, según el mecanismo establecido por el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 448 del 23 de diciembre de 1998, fue reconocida, por los años 2012 y 2013, exclusivamente a aquellas pensiones cuyo importe comprenda hasta tres veces el monto mínimo del INPS, en la medida del 100%.⁵⁵

La norma censurada, según la Corte Constitucional italiana, sobrepasó los límites de razonabilidad y proporcionalidad con el consiguiente perjuicio por el poder de adquisición de las pensiones y, con la irremediable frustración, de las expectativas legítimamente constituidas por el trabajador sobre el tiempo posterior a la cesación de su actividad contributiva.

La sentencia, de hecho, se limitó a mencionar una “contingente situación financiera”, sin que surgiera del análisis la necesaria prevalencia de las exigencias financieras sobre los derechos en tensión, objeto de valoración y cuya confrontación se debió haber efectuado incisivamente.

La sentencia llegó a la conclusión de que resultaron afectados los derechos fundamentales conexos al de la seguridad social instaurados sobre inequívocos parámetros constitucionales: la proporcionalidad de la retribución⁵⁶ y el ajuste

55 Italia, Decreto Ley (201, 6 de diciembre 2011), sobre disposiciones en materia de tratamiento pensional. Este fragmento fue traducido del original: 25. *In considerazione della contingente situazione finanziaria, la rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici, secondo il meccanismo stabilito dall'articolo 34, comma 1, della legge 23 dicembre 1998, n. 448 per il biennio 2012 e 2013 e' riconosciuta esclusivamente ai trattamenti pensionistici di importo complessivo fino a due volte il trattamento minimo Inps, nella misura del 100 per cento.*

56 Italia, Costituzione della Repubblica Italiana, art. 36.

periódico⁵⁷, debe entenderse aquella expresión cierta, así no sea explícita, con fundamento en el principio de solidaridad, el cual se desprende del artículo 2 de la Constitución italiana, y, al mismo tiempo, el desarrollo del principio de igualdad sustancial con fundamento en el inciso segundo del artículo 3 de la Constitución italiana.

Como se anticipó, la conclusión sobre la *iter* argumentación, que la Corte realizó para alcanzarlos, suscitó duras críticas. Como “sorprendente” fue calificada la falta de consideración por los efectos de la declaración de inconstitucionalidad sobre el equilibrio financiero. Tal ausencia de consideración fue puesta en comparación con otros precedentes de la misma Corte Constitucional, en los que se teorizaba la necesidad de ponderar la protección de los derechos constitucionales de los particulares con la exigencia de garantizar el bienestar del equilibrio financiero del Estado del que se encarga la Constitución italiana⁵⁸ y al que tanto le prestan atención las instituciones de la Unión Europea.

También se observó en esta ausencia de motivación una forma de escamoteo de la Corte para evitar afrontar completamente el problema desde la perspectiva económica de la cuestión. Por su parte, dicha omisión descuidó el hecho de que en la Constitución italiana están contenidos, a manera de gestión del déficit del balance público, límites de una precisa naturaleza jurídica y no solamente de mera aspiración de carácter político.

La exigencia de moderación de los gastos públicos, a la luz de estas críticas, serían valoradas en una lógica de ponderación con las exigencias sociales, incluso en temas de compensación de las pensiones.

La preocupación de ponderar el respeto de los principios de suficiencia y ajuste de las pensiones, sea en el momento del retiro o bien durante el entero recorrido de la vida del pensionado, mediante vínculos con los gastos públicos, acentúa las intervenciones de compensación de las pensiones, dándole un gran alcance a las cuestiones discutidas. Esto, por no hablar de las limitaciones que nacen de los compromisos del Estado en sede europea. Así, se consigue que la ley en materia de compensación de pensiones, tal y como las sentencias que las afectan, pidan ser observadas en una perspectiva que capte el valor de principio y las potenciales reflexiones sobre los intereses generales de la política social y financiera.

Las varias dificultades encontradas en la intervención de la Corte Constitucional italiana en materia de *pensioni d'oro* permiten preguntarse sobre si puede ser reconocida a la Corte Constitucional la suplantación de una función propia del Parlamento.

57 Costituzione della Repubblica Italiana, art. 38.

58 Costituzione della Repubblica Italiana, art. 81.

CONCLUSIONES

Es necesario precisar no solo la importancia del diálogo entre el legislativo y el judicial, así como la tensión y discusión sobre sus competencias y funciones al interior de cada Estado, sino además la imperante tendencia a proteger la financiación del sistema de pensiones.

En relación con lo local, al evidenciar los cambios de posición de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, resulta preocupante pensar en el número de sentencias y actos administrativos que han reconocido pensiones con interpretaciones erróneas y aplicaciones ilegales de la normativa correspondiente. Esta preocupación se incrementa cuando se agregan hipótesis nuevas, como la propuesta en este artículo, de afirmar que el Gobierno excedió la facultad reglamentaria otorgada por medio de la Ley 4 de 1992. Dicha afirmación se sustenta principalmente en que no fue posible encontrar la delegación al Gobierno que hiciera el Congreso, pues es este quien en virtud del artículo 150 de la Constitución tiene la competencia de “fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública”⁵⁹.

BIBLIOGRAFÍA

- Bobbio, Norberto. “Justicia, validez y eficacia”. En *Teoría general del derecho*, trad. Eduardo Rozo Acuña. Bogotá: Temis, 1987.
- Colombia. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia, 11001-03-06-000-2012-00058-01 del 20 de junio de 2013. C.P.: William Zambrano Cetina (E).
- Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia, 11001-03-25-000-2005-00157-01(7426-05) del 11 de octubre de 2007. C.P.: Jaime Moreno García.
- Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia, 25000-23-25-000-2008-00185-00 (1224-12) del 22 de enero de 2014. C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.
- Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia, 11001-03-15-000-2013-02573-00(AC) del 17 de julio de 2014. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.
- Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia, 25000-23-25-000-2007-00242-01(0927-11) del 21 de agosto de 2014. C.P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez.
- Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia, 25000-23-25-000-2005-03952-01 (0250-08) del 27 de noviembre de 2014. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.

59 Colombia, Constitución Política, art. 150, núm. 19, lit. e

- Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia, 25000-23-25-000-2007-00584-01(1718-08) del 7 de abril de 2016. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.
- Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia, 25000-23-42-000-2013-00563-01 (0637-14) del 21 de abril de 2016. C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero.
- Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia, 25000-23-25-000-2006-04257-01(2155-08) del 4 de mayo de 2016. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.
- Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia, 25000-23-25-000-2005-09937-01(1079-10) del 11 de julio de 2013. C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero.
- Colombia. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala Veintidós Especial de Decisión. Sentencia 11001-03-15-000-2004-01034-00(S) del 6 de junio de 2017. C.P.: Alberto Yepes Barreiro.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia, C-608 del 23 de agosto de 1999. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia, C-619 del 29 de julio de 2003. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia, C-1187 del 22 de noviembre de 2005. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia, C-1067 del 29 de octubre de 2008. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia, C-382 del 24 de mayo de 2012. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia, C-258 del 7 de mayo de 2013. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia, T-832A del 14 de noviembre de 2013. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Colombia. Corte Constitucional. Auto, 180 del 13 de mayo de 2015. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia, T-615 del 28 de septiembre de 2015. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia, 71628 del 1 de julio de 2015. M.P.: Gustavo Hernando López Algarrá.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Caso “Cinco pensionistas contra Perú”. Fondo, reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de febrero de 2003. Serie C, n.º 98.
- Di Nicola, Primo, Antonio Pitoni y Giorgio Velardi. *Orgoglio e vitalizio*. Roma: Il Fatto, 2017.
- Neita Rodríguez, Diana Katherine. “Corte Interamericana de Derechos Humanos y decisiones sobre derechos laborales”. En *La protección de los derechos laborales y de seguridad social en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

Neita Rodríguez, Diana Katherine, Daniel Mauricio Pardo Ramos, Paula Andrea Sánchez Sarmiento y Lizeth Paola Varón Collazos. *Principios de norma más favorable, condición más beneficiosa e indubio pro operario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.