

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN 25000232500020 SECCIÓN “B”
050170101(1717
2007)
CONSEJERO PON O ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil catorce (2014).

Expediente: 25000-23-25-000-2005-01701-01

Referencia: 1717-2007

Actor: JOSE ORLANDO ARIAS SALCEDO

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia de 10 de mayo de 2007, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada por el señor José Orlando Arias Salcedo contra el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República - FONPRECON.

ANTECEDENTES

El señor José Orlando Arias Salcedo, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos: (i) **La Resolución No. 1196 de 29 de septiembre de 2003**, proferida por el Director General del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, en adelante –FONPRECON, por medio de la cual se le negó el reconocimiento de la conmutación pensional y el reajuste de la mesada pensional de conformidad con lo establecido por la Ley 4 de

1992, y (ii) **La Resolución No. 1596 de 30 de septiembre de 2004**, proferida por el mismo funcionario, mediante la cual repuso la Resolución 1196 de 29 de septiembre de 2003 y reconoció la conmutación pensional y el reajuste especial de la pensión del actor, de conformidad con lo expresado en la Resolución No. 007 de 8 de enero de 2004.

Como consecuencia de tal declaración, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a la entidad demandada lo siguiente:

- a) Reconocer, liquidar y pagar **las diferencias** existentes entre la mesada pensional que venía devengando del Fondo Territorial de Pensiones del Tolima y la mesada pensional de un congresista, **causadas como consecuencia de la conmutación pensional decretada por FONPRECON**, así como el reajuste especial de su pensión en los términos de la Ley 4 de 1992, que corresponden al **retroactivo insoluto** de las mesadas no prescritas y causadas durante el periodo comprendido entre **el 4 de diciembre de 1995 y el 4 de diciembre de 1998**.
- b) El reconocimiento, reliquidación y pago de las anteriores diferencias, respetando el régimen pensional y las garantías judicialmente reconocidas por la Corte Constitucional en la Sentencia de Revisión de Tutela T-862 de 2004, esto es, por el 75% del ingreso mensual promedio de lo que por todo concepto devengaban los congresistas en ejercicio, en la fecha en que se cause cada mesada conmutada dentro del periodo referido, de cuyo monto se descontará el valor de la mesada que recibió del Fondo Territorial de Pensiones.
- c) Indexar el valor de cada diferencia resultante tomando como base el IPC desde el 4 de diciembre de 1995 hasta que se realice el pago.
- d) El cumplimiento de la sentencia, de conformidad con los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Basó su *petitum* en los siguientes hechos:

El 4 de diciembre de 1998, el actor solicitó a la División de Prestaciones Económicas de FONPRECON, la afiliación, reajuste y conmutación pensional en su condición de ex Congresista de la República como Representante a la Cámara por la circunscripción electoral del Departamento del Tolima durante el período 1982-1986, por considerar que la pensión especial para congresistas le resultaba más favorable. Refiere la demanda que tal derecho lo adquirió el actor por haber reunido los requisitos de tiempo y edad para cuando se desempeñó como Congresista.

Informa que laboró al servicio del Departamento del Tolima y le fue reconocida pensión de jubilación por la Caja de Previsión Social Departamental mediante **Resolución No. 3070 de 7 de diciembre de 1988**, la que posteriormente fue aclarada y modificada por las Resoluciones Nos. 210 de 4 de abril de 2001 y 991 de 19 de diciembre de 2002, expedidas por el Fondo Territorial de Pensiones del Tolima.

Indica que el derecho a la conmutación pensional tiene sustento en las siguientes disposiciones: la Ley 6 de 1945, Decreto 1723 de 1964, el inciso 1 del parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, la Ley 4 de 1992, el Decreto 1359 de 1993, en la medida que en el artículo 7º remite a la edad que dispone el artículo 1 parágrafo de la Ley 33 de 1985, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 1293 de 1994, así como en el concepto 1030 de 28 de octubre de 1997 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, ampliado luego mediante concepto de 27 de mayo de 1998, en los que se sostuvo que el referido Fondo está autorizado para conmutar con otras entidades u organismos de previsión social el derecho pensional de quienes sean o hayan sido congresistas.

Sostiene que FONPRECON, luego de adelantar la actuación administrativa correspondiente al expediente administrativo 1670 de 1998, mediante Resolución

No. 1196 de 29 de septiembre de 2003, le negó la conmutación de la pensión, la afiliación al Fondo y el reajuste especial consagrado en la Ley 4 de 1992 y el Decreto 1359 de 1993.

Ante la negativa del derecho reclamado, el actor interpuso recurso de reposición, el cual no fue resuelto oportunamente.

En consideración a ello, interpuso acción de tutela para obtener pronunciamiento por parte de la administración; el Juzgado 37 Penal del Circuito de Bogotá, tuteló los derechos del actor y ordenó a FONPRECON proferir la resolución de afiliación al Fondo, así como el reajuste de la pensión sobre la base del 75% de los ingresos de un congresista, pero en cuanto al retroactivo no ordenó expresamente su pago, ni tampoco el de las diferencias pensionales como consecuencia de la conmutación de la pensión reconocida por la Caja de Previsión Social del Departamento del Tolima, hoy Fondo Territorial de Pensiones del Tolima.

En cumplimiento de la sentencia de tutela FONPRECON expidió la **Resolución No. 007 de 8 de enero de 2004** mediante la cual dispuso la afiliación del actor al fondo, asumió el pago de la pensión a partir del 4 de diciembre de 1998, ordenó reajustar el valor de la pensión a partir del 4 de diciembre de 1998 al 75% de lo que devengaba un congresista en ejercicio para dicho año y ordenó descontar los valores percibidos por la Caja de Previsión Social del Tolima por concepto de mesadas pensionales desde el 4 de diciembre de 1998 hasta la fecha en que sea retirado de dicha nómina de pensionados; y también, procedió al pago del retroactivo de lo adeudado como efecto de la conmutación decretada, es decir, las diferencias en las mesadas pensionales causadas, pero sólo a partir del 4 de diciembre de 1998, sin reconocer ni pagar las diferencias del período que va del 4 de diciembre de 1995 al 4 de diciembre de 1998, trienio anterior a la fecha en que fue presentada la solicitud de conmutación.

El fallo de tutela proferido por el Juzgado 37 Penal del Circuito de Bogotá fue impugnado por FONPRECON y revocado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá mediante sentencia de 23 de febrero de 2004.

El fallo de tutela de segunda instancia fue seleccionado para revisión por la Corte Constitucional, la que mediante sentencia T-862 de 2004, revocó la decisión impugnada y concedió el amparo de los derechos al debido proceso, igualdad y mínimo vital del actor, y ordenó al Fondo de Previsión del Congreso de la República resolver el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 1196 de 2003.

En dicho fallo, la Corte Constitucional ordenó a FONPRECON, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la sentencia, (i) resolver el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1196 de 2003, (ii) tener en cuenta el tiempo reconocido en la Resolución No. 991 de 2002, (iii) acceder al reajuste especial de la mesada pensional de acuerdo con la Ley 4 de 1992 y con el Decreto 1359 de 1993. Igualmente, ordenó pagar la primera mesada pensional ajustada dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto de reconocimiento de la conmutación pensional.

Afirma el actor que la Corte Constitucional no se pronunció en lo referente al retroactivo porque se trataba de un asunto que no compete al Juez de tutela.

En cumplimiento de la Sentencia T-862 de 2004, FONPRECON expidió **la Resolución No. 1596 de 30 de septiembre de 2004**, a través de la cual resolvió (i)reponer la Resolución No. 1196 de 29 de septiembre de 2003, y en su lugar (ii)reconocer una conmutación pensional de conformidad con lo expresado en la Resolución No. 007 de 8 de enero de 2004. Manifiesta que dicho acto fue notificado personalmente al actor el 12 de octubre de 2004.

Expresa el actor que la Resolución No. 007 de 30 de septiembre de 2004 no negó el reconocimiento de las mesadas no prescritas con antelación a la reclamación de la conmutación, razón por la cual no es objeto de debate de legalidad.

Considera entonces, que son las Resoluciones 1196 de 29 de septiembre de 2003 y 1596 de 30 de septiembre de 2004, los actos por los cuales se agotó la vía gubernativa y concretamente la Resolución No. 1596/04 se pronuncia sobre la negativa de reconocer y pagar el retroactivo del periodo correspondiente a los tres años anteriores a la fecha de presentación de la solicitud de conmutación pensional, por lo que considera que es dicha decisión “el núcleo esencial o central” de reclamación.

Finalmente, aclara que la acción de nulidad y restablecimiento la promueve solo en la parte pertinente al no reconocimiento del retroactivo por el periodo del 4 de diciembre de 1995 al 4 de diciembre de 1998.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como disposiciones violadas cita las siguientes:

Constitución Política: artículos 2, 3, 6, 13, 25, 48, 53 y 58.

De orden legal: Ley 6 de 1945; Decreto 1723 de 1964; Ley 33 de 1985, artículo 1 párrafo 2, inciso 1; Decreto 1359 de 1993, artículo 7; Decreto 1293 de 1994, ; Código de Procedimiento Laboral, artículos 151 y 152; Código Sustantivo del Trabajo, artículos 488 y 489; Decreto 2837 de 1986.

Al explicar el concepto de violación, sostuvo que con la expedición de los actos demandados se vulneraron las normas invocadas en relación con el reajuste especial de las pensiones de los ex Congresistas; en este orden, manifestó que los actos se encuentran viciados de nulidad por (i) Desconocimiento del principio de legalidad en cuanto omitieron la aplicación de las normas en que deberían fundarse y (ii)

Expedición irregular, al desconocer los derechos adquiridos del actor consistentes en el pago del retroactivo pensional como consecuencia de la conmutación pensional, concretamente las mesadas pensionales por el período del 04 de diciembre de 1995 al 04 de diciembre de 1998.

Indicó que no existe razón jurídicamente válida para que FONPRECON hubiera pagado al actor un retroactivo parcial de las mesadas causadas entre el 4 de diciembre de 1998 y el 01 de enero de 2004, fecha en que lo incluyó en nómina de pensionados, rompiendo el principio constitucional de igualdad contemplado en el artículo 13 de la CN. Afirma que no resulta lógico que se haya dejado de reconocer el retroactivo por el periodo trienal anterior a la solicitud de conmutación pensional (4 diciembre de 1995 a 4 de diciembre de 1998) que debió ser incluido en las mismas condiciones que se reconoció y pagó el primer retroactivo, máxime cuando no existe decisión judicial o norma legal que lo haya impedido y cuando ello fue solicitado en el recurso de reposición.

Indicó que tiene derecho al reajuste especial de su pensión como ex congresista conforme lo reconoció la Corte Constitucional en la Sentencia T-862 de 2004, materializada y cumplida mediante Resolución No. 1596 de 2004. Expresó que la conmutación de una pensión tiene por naturaleza efectos retroactivos hacia el momento mismo que el beneficiario adquirió el derecho a jubilarse como Congresista y por tanto se encuentra frente a un derecho legalmente adquirido mucho antes de que haya presentado la solicitud de conmutación y no a partir de esta.

Sostuvo que la Resolución 1596 de 30 de septiembre de 2004 incurrió en los siguientes yerros:

a).- Expedición irregular porque en la parte motiva se expresa que no accede al reconocimiento del retroactivo por no ser objeto de amparo constitucional, pero omite en la parte resolutive lo concerniente a este punto que se trató brevemente en los considerandos, lo que constituye una irregularidad en el procedimiento o formalidad en

la expedición del acto. Afirma que el acto contiene una negación a reconocer el derecho pretendido para que el Fondo pague los tres (3) años de retroactivo pensional que no pagó cuando expidió la Resolución No. 007 de 08 de enero de 2004 y dicha negación desconoce el ordenamiento jurídico aplicable al caso.

b).-En la parte motiva del acto se sostuvo que la Corte Constitucional confirmó la sentencia del Juzgado 37 Penal del Circuito de Bogotá cuando ello no es cierto ya que la Corte Constitucional revocó el fallo de segunda instancia que había revocado la sentencia de primera instancia.

c).- En el mencionado acto se expresa que la entidad dio pleno cumplimiento al fallo de tutela de primera instancia, sin embargo en dicho fallo no se limitó el reconocimiento del retroactivo a la diferencia de las mesadas pensionales causadas como consecuencia de la conmutación desde la fecha de presentación de la solicitud, haciendo dicha entidad una interpretación restrictiva y desfavorable de la fecha de causación de esas mesadas, limitándola irregularmente a partir del 4 de diciembre de 1998 por lo que se le están adeudando al actor las diferencias del reajuste por el periodo del 4 de diciembre de 1995 al 4 de diciembre de 1998. Afirma que el reajuste especial debe ser retroactivo al 4 de diciembre de 1995, fecha desde la cual se deben cancelar las diferencias en las mesadas pensionales.

d).- Por tratarse de una conmutación de una pensión que otro organismo ya venía pagando, y ser un derecho adquirido como Congresista desde 1986, esto es, con antelación a la presentación de la solicitud de la conmutación (4 de diciembre de 1998), se habían causado retroactivamente las diferencias de las mesadas pensionales aún no prescritas conforme a leyes laborales sustantivas y procedimentales correspondientes al periodo 4 de diciembre de 1995 a 4 de diciembre de 1998. Afirmó que la entidad demandada no tuvo en cuenta las normas, la doctrina y jurisprudencia nacional sobre el tema de la prescripción de los derechos laborales, las cuales señalan que el derecho a la pensión es imprescriptible y el fenómeno prescriptivo se aplica solo a las mesadas pensionales.

Argumentó que los ex servidores públicos tienen derecho a exigir del Estado que tanto las pensiones, sus reajustes y conmutaciones se hagan con plena observancia de las normas que regulan la función pública, pues de lo contrario se generan irregularidades y desviaciones como las acontecidas en su caso, en donde la autoridad administradora de seguridad social no sujetó sus atribuciones a los cánones supra legales y legales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, por conducto de apoderado judicial contestó la demanda con los argumentos que a continuación se resumen (fls. 51 a 56):

En primer lugar, sobre los hechos, manifestó que la conmutación pensional no existe a la luz de la Ley 4 de 1992 y sus Decretos reglamentarios 1359 de 1993 y 1293 de 1994, dado que lo establecido por dichas normas es el reajuste pensional que por virtud de la Ley asume FONPRECON.

Afirmó que el hecho de que la Corte Constitucional en la Sentencia T-862 de 2004 no haya ordenado el retroactivo como consecuencia del reajuste especial, no significa que dio vía libre al reconocimiento del mismo por parte de FONPRECON; recalcó además que los servidores públicos son responsables ante las autoridades no solo por infringir la Constitución y las leyes sino también por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Aseguró que FONPRECON procedió a dar cumplimiento al Decreto 1359 de 1993, razón por la que considera que su actuar no es ilegal.

Manifestó que el núcleo de la controversia y motivo de solicitud de nulidad parcial de las Resoluciones 1196/03 y 1596/04 es la negativa al reconocimiento del reajuste de

la pensión como ex congresista, su liquidación y pago a favor del actor por el trienio comprendido entre el 5 de diciembre de 1995 y 1998, y el consiguiente pago de las diferencias que resulten una vez confrontados los valores por mesadas pagadas por el Fondo Territorial de Pensiones del Tolima en dicho lapso y lo que resulte de lo liquidado por reajuste en el citado periodo por el Fondo en el mismo período debidamente indexado, pretensión que no es viable, si se tiene en cuenta que el artículo 17 del Decreto 1359/93 modificado por el artículo 7 del Decreto 1293 de 1994, señala que los senadores y representantes que se hayan pensionado con anterioridad a la vigencia de la Ley 4 de 1992, tendrán derecho a un reajuste a su medada pensional, **por una sola vez**, de tal manera que su pensión alcance un valor equivalente al 50% del promedio de las pensiones a que tendrían derecho los actuales congresistas.

Expresa que en realidad el reajuste debió operar a partir del momento en que se decretó, es decir, del 8 de enero de 2004, en un 75% del ingreso promedio devengado por un congresista en el último año de ejercicio, según lo señalado en los artículos 5 y 6 del Decreto 1359 de 1993. De tal manera que lo pretendido como reajuste de la pensión desde el 5 de diciembre de 1995 no es viable por la razón anterior y porque además el Decreto 1359 de 1993 no aduce ni hace referencia a los artículos 151 y 152 del CPL, al contrario, en el artículo 5 determina cual es el ingreso básico para la liquidación pensional, así como para sus reajustes y sustituciones y a partir de cuándo se reconoce.

Sobre la prescripción del retroactivo, señala que por ser el Decreto reglamentario 1359 de 1993 norma especial que contiene de manera expresa la forma como debe operar el reajuste pensional, no hay razón para que FONPRECON reajuste y liquide la pensión de un ex Congresista fundamentado en el artículo 151 del C.P.L, es decir, aplicando la prescripción trienal, basados en el principio de la favorabilidad.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, en sentencia de 10 de mayo de 2007, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos (fs. 206 a 252):

Sostuvo que el actor tiene derecho a la conmutación y reajuste especial de la pensión, de conformidad con el artículo 17 del Decreto 1359 de 1993, porque cuando se desempeñó como congresista, cumplió los requisitos para acceder a la pensión, razón por la cual ésta no podrá ser inferior al 50% de la pensión que devenguen los actuales congresistas para quienes la constitución y la ley establecieron un nuevo régimen pensional.

Indicó que el reajuste ordenado por la Corte Constitucional en sentencia de tutela T-862 de 2004 a favor del actor, correspondiente al 75% del ingreso promedio mensual de los congresistas, desconoció los principios de razonabilidad y proporcionalidad expuestos en la Sentencia C-608 de 1999 porque la ley únicamente fijó el reajuste hasta el 50% del monto de la pensión de los actuales congresistas (al 1 de enero de 1994), razón por la cual ordenó a FONPRECON efectuar el correcto cálculo del monto del reajuste y descontarlo de lo ya pagado desde el año 1998 si este último fuere mayor, fecha desde la cual el demandado reajustó la pensión en cumplimiento del referido fallo de tutela.

En este orden, declaró la nulidad parcial de los actos demandados en cuanto negaron la conmutación pensional y el reajuste pensional previsto en el Decreto 1359 de 1993; como consecuencia de lo anterior, (i) ordenó a FONPRECON dejar en firme la conmutación pensional y (ii) efectuar la reliquidación de la pensión del actor con el reajuste ordenado en el artículo 14(sic) del Decreto 1359 de 1993, es decir, por el 50% de la pensión

devengada por un Congresista a 1 de enero de 1994, con los incrementos del IPC; (iii) realizar los ajustes de cuentas de modo que el pago corresponda a las diferencias resultantes entre las mesadas percibidas por el Fondo Territorial de Pensiones y las dejadas de cancelar por FONPRECON, durante el periodo comprendido entre el 4 de diciembre de 1995 y el 4 de diciembre de 1998 y negó las demás pretensiones de la demanda.

SOLICITUD DE ACLARACION

El apoderado del actor, en escrito presentado el 1 de junio de 2007, solicitó aclarar la sentencia de primera instancia; al respecto, anotó que el fallo de tutela hizo tránsito a cosa juzgada definitiva y por lo tanto el reajuste ordenado se tornó inmodificable. Preciso que el objeto de la presente acción es lograr el reconocimiento y pago del saldo retroactivo insoluto y no prescrito por los tres (3) años anteriores a la fecha de la solicitud (5 diciembre de 1995 al 4 de diciembre de 1998) y no la discusión del derecho sustancial a la conmutación pensional ya que este fue definido mediante sentencia de tutela por la Corte Constitucional. En ese orden, solicitó aclarar si la reliquidación ordenada se aplica únicamente para el pago del retroactivo insoluto reclamado en la demanda o si implica que se modifique el reajuste ordenado mediante fallo de tutela (fs. 257 a 264).

Mediante auto de 7 de junio de 2007, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, resolvió negar la solicitud de aclaración al considerar que la sentencia no ofrece serios motivos de duda que impongan la necesidad de un pronunciamiento adicional (fs. 265 a 269).

LOS RECURSOS DE APELACION

Las partes interpusieron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con base en los siguientes argumentos:

.- Parte demandante: (fs. 278 a 333)

En primer lugar, aclaró el actor que el recurso pretende la modificación parcial de los numerales 2 y 3 de la sentencia por resultar desfavorables respecto al reajuste ya reconocido por FONPRECON, por las siguientes razones:

Indicó que para el pago del retroactivo trienal declarado como no prescrito, se deben mantener las mismas condiciones de reconocimiento del derecho sustancial a la conmutación pensional que decretó la Corte Constitucional en la Sentencia T-862 de 2004, con base en una liquidación equivalente al 75% de los ingresos que por todo concepto salarial y prestacional devengare un Congresista en servicio activo, entre el 4 de diciembre de 1994 al 4 de diciembre de 1998.

Manifestó que la base de liquidación contemplada en los numerales 2 y 3 de la sentencia apelada perjudican el derecho que le fue reconocido al reducir el monto del retroactivo al 50% del valor de la pensión que a 1 de enero de 1994 devengare un Congresista pensionado.

Afirmó que el Tribunal no tenía competencia para entrar a resolver sobre el fondo del derecho sustancial a la conmutación pensional ya que era un derecho adquirido, inmutable e irreversible conferido por orden de tutela.

Así pues, concretó los motivos de inconformidad a los siguientes:

1º).- Resulta objetable que el Tribunal haya asumido la facultad de revisar y reliquidar el derecho a la pensión conmutada y su monto que no era el objeto del proceso. En tal sentido, afirmó que no le es dable a otra autoridad judicial modificar las condiciones y prerrogativas sustanciales al derecho pensional conmutado y al monto de la pensión que estableció la Corte Constitucional mediante la Sentencia de Tutela T-862 de 2004 por los efectos jurídicos producidos.

2º).- Resulta objetable que al ordenar la revisión y reliquidación de la pensión en la forma ordenada en el numeral 2, desde el 4 de diciembre de 1995, sin especificar hasta que fecha se debe reliquidar, se establece una nueva mesada pensional debiéndose reliquidar toda la pensión de manera retroactiva y hasta la fecha del fallo, variando nefastamente el monto de las mesadas recibidas antes y después del fallo de la Corte Constitucional T-682 de 2004, pues cambia su monto, su forma de liquidación y el ingreso base de liquidación, abriendo la posibilidad de que FONPRECON modifique la mesada pensional con posterioridad al fallo de la Corte Constitucional, incluyendo la actual mesada que recibe.

3º).- Es objetable en el numeral 3º, la expresión (...)”*cruzando cuentas con los valores ya pagados como consecuencia del cumplimiento del fallo de Tutela*”, porque expone al actor a que tenga que perder los reajustes ya recibidos o devolver sumas de dinero ya recibidas por concepto de un retroactivo ya cancelado con base en un porcentaje mayor y una base de ingresos superiores como consecuencia de la Resolución No. 007 de 2004 que no fue objeto de demanda. Alegó que si las condiciones jurídicas y económicas de la pensión del actor se fueran a modificar, la entidad demandada debería pedir el consentimiento del actor y éste no lo ha

otorgado, por el contrario, lo pedido en la demanda no es la modificación del derecho que le fue reconocido sino el reconocimiento del retroactivo no prescrito. Indicó que si la demandada no está de acuerdo con el reajuste ordenado debe demandar su propio acto ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

4º).- Planteó que el Tribunal olvidó que la Corte Constitucional mediante sentencia T-862-2004 protegió los derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital y a la igualdad, razón por la cual el reajuste de la pensión del actor no puede ser inferior al que fue reconocido a los demás ex-congresistas en un monto del 75% del ingreso promedio mensual que durante el último año y por todo concepto devengaren los congresistas.

Finalmente, reiteró que la orden de tutela sobre el reconocimiento de la conmutación pensional y el reajuste especial, de acuerdo con la Ley 4 de 1992 y el Decreto 1359 de 1993 es una orden definitiva y no como mecanismo transitorio, por lo cual el derecho reconocido por FONPRECON en cumplimiento de tal providencia se tornó inmodificable y definitivo, y en tal medida, a la jurisdicción contenciosa administrativa solo le concierne pronunciarse sobre el retroactivo, lo que le fue reservado por ser el juez natural.

Por otra parte, insistió en los planteamientos de la demanda en torno al reconocimiento del derecho a la conmutación pensional y el reajuste especial con base en el 75% del ingreso promedio mensual que por todo concepto salarial y prestacional devenguen los congresistas activos año tras año en dicho periodo, incluyendo los incrementos anuales por IPC.

.- Parte demandada: (fs. 334 a 337)

El apoderado de FONPRECON en primer lugar manifestó su inconformidad con el reconocimiento de la conmutación pensional a favor del actor al considerar que la misma no es procedente en el sector público.

Se refirió a la reliquidación de la pensión establecida en el artículo 8 del Decreto 1359 de 1993 para indicar que el actor, luego de obtener su pensión, no volvió a ser elegido congresista por lo que no tiene derecho a afiliarse a FONPRECON. Indicó que el demandante no cumple con el requisito previsto en el literal a) del artículo 4 del Decreto 1359 de 1993 para acceder al régimen especial de congresistas que exige como condición estar afiliado al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, toda vez que al momento de la solicitud de la conmutación pensional se encontraba afiliado a la Caja de Previsión Social del Departamento y no a Fonprecon.

Solicitó revocar la sentencia apelada y ordenar que la pensión del actor se continúe pagando por el Fondo de Pensiones Territorial del Tolima en cumplimiento del artículo 1 del Decreto 2921 de 1948.

ALEGATOS DE CONCLUSION

.- Parte Demandada: El apoderado de la parte demandada reiteró que no es procedente decretar a favor del actor la conmutación pensional solicitada, toda vez que éste no se encontraba afiliado a la entidad pensional del Congreso y no se cumplieron los requisitos previstos en el artículo 1 inciso 2 de la Ley 19 de 1987. Afirmó que debe revocarse la sentencia apelada y declararse la nulidad de las Resoluciones 007 de 8 de enero de 2004 y 1596 de 30 de septiembre de 2004, así como la devolución de las sumas pagadas en aplicación de las mismas (fs. 346 a 349).

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Como no se evidencia causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

1.- El problema jurídico

Corresponde a la Sala resolver el siguiente interrogante: ¿El señor José Orlando Arias Salcedo tiene derecho al reconocimiento de las diferencias pensionales entre lo que venía recibiendo del Fondo Territorial de Pensiones del Tolima y la mesada pensional de un Congresista, del 4 de diciembre de 1995 al 4 de diciembre de 1998, como “*retroactivo insoluto*” de la conmutación y reajuste pensional que le fue decretado por FONPRECON?

2.- Marco Jurídico.

.- Del reajuste pensional especial aplicable a los Congresistas pensionados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992.

En desarrollo de las facultades establecidas en el artículo 150, numeral 19), literal e) de la Constitución Política, el Congreso expidió la Ley 4ª de 1992 por la cual fijó las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

Sobre el régimen pensional de los Congresistas, el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 dispuso:

“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 y promedio que, durante el último año, y por todo concepto, reciba 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 devengan los Representantes y Senadores en la fecha en que se decreta la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva.” (Las expresiones subrayadas fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional)¹

En desarrollo de la anterior norma, el Gobierno Nacional expidió el Decreto No. 1359 de 12 de julio de 1993, por el cual fijó el régimen especial de pensiones, reajustes y sustituciones, aplicable a los Senadores y Representantes a la Cámara, en él, desarrolló el régimen de la pensión vitalicia de jubilación, la pensión de invalidez; la sustitución pensional, el régimen de reajuste pensional, y otras disposiciones.

¹ Mediante Sentencia C-258 de 2013, la Corte Constitucional declaró **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 párrafo al considerar que las mismas (i) desconocen 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, (iii) existe falta absoluta de correspondencia entre el valor de la pensión y las cotizaciones, lo cual conduce a que dicha desproporción excesiva (iv) sea financiada con recursos públicos mediante un subsidio muy elevado y (v) es 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.

En dicho pronunciamiento, la Corte Constitucional declaró **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 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 (IBL) aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso. (iv) Las mesadas correspondientes a pensiones reconocidas de conformidad con este régimen especial, no podrán superar los veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a partir del 1º de julio de 2013.

En punto al **reajuste pensional especial** aplicable a los Congresistas pensionados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992, el artículo 17 del Decreto 1359 de 1993, la Sala retoma el desarrollo jurisprudencial que se trazó en la Sentencia de 4 de agosto de 2010, Sección Segunda, Subsección B, radicado 25000-23-25-000-2001-06120-01 (8418-05). C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, en la que se efectuó un recuento de las diferentes interpretaciones efectuadas tanto por la Corte Constitucional, como por esta Corporación a la referida disposición.

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

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

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

El artículo anterior fue modificado por el artículo 7º del Decreto 1293 de 22 de junio de 1994, “*por el cual se establece el régimen de transición de los senadores, representantes, empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión Social del Congreso y se dictan normas sobre prestaciones sociales y económicas de tales servidores públicos*”, en los siguientes términos:

“Reajuste especial. Los senadores y representantes que se hayan pensionado con anterioridad a la vigencia de la Ley 4a de 1992, tendrán derecho a un reajuste en su mesada pensional, por una sola vez, de tal manera que su pensión alcance un valor equivalente al 50% del

promedio de las pensiones a que tendrían derecho los actuales congresistas.

El valor de la pensión a que tendrían derecho los actuales congresistas será del 75% del ingreso base para la liquidación pensional de los congresistas a que se refiere el artículo 5o del Decreto 1359 de 1993.

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

Sobre la aplicación del reajuste especial, en algunos casos de ex Congresistas y en otros de ex Magistrados, inicialmente, la Corte Constitucional en sentencias T-456 de 1994, T-214 de 1999, entre otras, sostuvo que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 17 de la Ley 4ª de 1992 y 6º del Decreto 1359 de 1993, el reajuste pensional debía corresponder al 75% de lo devengado por un Congresista en ejercicio en el año 1994. Se argumentó también en favor de dicha tesis, que si las pensiones de Congresistas y Magistrados, estos últimos por homologación, no podía ser inferior al 75% de lo devengado por un Congresista al momento en que se decretara la misma no podía generarse un trato diferente frente a los ex Congresistas y ex Magistrados, so pena de incurrir en una conducta discriminatoria, sin embargo, posteriormente, en la Sentencia SU-975 de 2003², la Corte modificó su tesis, respecto al porcentaje y base que debía tenerse en cuenta para efectuar el referido ajuste, luego de efectuar un análisis de la situación diferenciadora de Congresistas pensionados antes y después de la Ley 4ª de 1992 así como de Magistrados de Altas Cortes pensionados antes y después de la misma norma, que el reajuste especial al que tenían derecho los ex Congresistas y ex Magistrados era del 50% de las pensiones a que tenían derecho los Congresistas para el año 1994³.

² Magistrado Ponente Doctor Manuel José Cepeda Espinosa.

³ Expresó la Corte lo siguiente:

"5.2.1 Como criterio de diferenciación entre los congresistas a pensionarse y los congresistas pensionados, el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 utiliza el factor temporal: la fecha de vigencia de la ley (18 de mayo de 1992). A los ex congresistas pensionados antes de tal fecha los cobijaba el régimen pensional anterior, mientras que a los congresistas a pensionarse luego de

Por su parte, ésta Corporación, en relación con el incremento a que tienen derecho los ex Magistrados de las Altas Cortes pensionados antes de la vigencia de la Ley 4ª de 1992, tuvo divergentes planteamientos al interior de las Subsecciones A y B de la Sección Segunda. Así, la Subsección A, consideró que se les debía liquidar la pensión conforme a lo dispuesto en los artículos 17 de la Ley 4ª de 1992 y 5º, 6º y 7º del Decreto No. 1359 de 1993⁴, con base en el 75% de los factores salariales devengados por los Congresistas en ejercicio; mientras que la Subsección B, desde la primera sentencia dictada sobre este tópico, con ponencia del Magistrado Carlos Arturo Orjuela Góngora, señaló que estos ex funcionarios sólo tenían derecho al incremento previsto en el artículo 17 del Decreto No. 1359 de 1993⁵, esto es, **“el 50% de la mesada pensional devengada por un Congresista en el año 1994”**.

Las anteriores diferencias interpretativas fueron unificadas por la Sala Plena de esta Sección, mediante Sentencia de 13 de septiembre de 2007, radicado interno No. 5433-2005⁶, en el sentido de establecer que el reajuste al que tenían derecho los ex

la indicada fecha les era aplicable el régimen nuevo y más favorable, todo ello dentro de un mismo régimen pensional especial cuyos destinatarios son los Senadores y Representantes a la Cámara. Tal criterio de diferenciación se utiliza luego, entre otros, en el Decreto 1359 de 1993, mediante el que se estableció el régimen pensional especial aplicable a quienes tuvieran la calidad de representantes o senadores a partir de la vigencia de la referida ley (artículos 1, 5, 6 y 7, Decreto 1359 de 1993) (...).”

⁴ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A, sentencia del 3 de agosto de 2006, Expediente No. 250002325000200103890 01 (7144-2005), Actora: Rosa Guzmán de García, C.P. doctor Alberto Arango Mantilla.

⁵ Ver entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección B, sentencia de 12 de octubre de 2000, Expediente No. 1407 (821-2000), Demandante: José Enrique Arboleda Valencia, C.P. doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora, en la que se concluyó: “En este orden de ideas, se declarará la nulidad de los actos acusados y a título de restablecimiento del derecho se condenará a la entidad demandada a reajustar la pensión de jubilación del Ex – Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Dr. JOSÉ ENRIQUE ARBOLEDA VALENCIA, en los términos previstos en el artículo 17 del Decreto 1359 de 1993, a la diferencia que resulte entre el 50% de lo que se hubiese pagado mensualmente a un Congresista por concepto de su mesada pensional y lo percibido por el demandante, desde el 1º de enero de 1.994 en adelante.”. En idéntico sentido ver sentencia de la misma fecha, Sección Segunda, Subsección B, C.P. doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, radiado número 170-00, actor: Juan Antonio Benavides P.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. doctor Jesús María Lemos Bustamante, sentencia de 13 de septiembre de 2007, Expediente No. 250002325000200107765-01(5433-05), Actor: Alberto Hernández Mora.

Magistrados **era del 50% de la pensión de un Congresista al año 1994**, teniendo en cuenta, entre otras, la siguiente consideración:

“El reajuste de la mesada pensional previsto en el artículo 17 del Decreto 1359 de 1993 para los Senadores y Representantes que se hubieren pensionado con anterioridad a la vigencia de la Ley 4ª de 1992 se originó en razones de equidad y justicia respecto de aquellos pensionados cuya mesada se había desactualizado, en comparación con la pensión de jubilación de los actuales congresistas. En el mismo sentido, no aplicar dicha normatividad a los ex-Magistrados de las Altas Cortes, y en este caso a los Ex – Procuradores Delegados antes estas corporaciones, no obstante la identidad en materia salarial y prestacional de tales servidores, se traduce en un tratamiento discriminatorio e injustificado, contrario no sólo a las previsiones de la Ley 4ª de 1992 sino al derecho fundamental reconocido en el artículo 13 de la Carta Política, y, por ello, esta norma resulta aplicable como se ha venido haciendo de tiempo atrás.”

En la referida providencia se aplicó el artículo 17 del Decreto No. 1359 de 1993, en lugar de los articulados que reglamentaron el régimen pensional de los Congresistas en ejercicio, extendido a los Magistrados en ejercicio, por considerar que esta norma era suficiente para restablecer la situación de inequidad existente y, por ello, ordenó reajustar la pensión del demandante, “... **hasta alcanzar el 50% de la pensión que devengaba un Congresista en el año 1994**”. (Negrilla y subraya fuera de texto).

Por último, como se indicó, la Sala⁷, reiteró la anterior postura jurisprudencial sobre el porcentaje del reajuste especial, en el siguiente sentido:

“Respecto de esta norma cabe resaltar que el legislador al hacer referencia a “aquellas y estas” restringió la potestad del Gobierno Nacional frente al porcentaje en que deberían ser otorgadas las **pensiones y sustituciones** de Congresistas, al indicar que no podían ser reconocidas en un porcentaje inferior al 75%; sin embargo, **esta limitante no fue impuesta frente al régimen de reajustes**, por lo cual, es válido afirmar que en este campo el Gobierno era el encargado de fijarlo, potestad que, en todo caso, debía atender a los mandatos constitucionales y legales aplicables.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, radicado 25000-23-25-000-2001-06120-01 (8418-05), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Dicha potestad la ejerció el Gobierno Nacional a través del artículo 17 del Decreto 1359 de 1993 modificado por el artículo 7º del Decreto 1293 de 1994, del cual se puede inferir que:

- (i) El reajuste pensional opera por una sola vez;
- (ii) Exige haber obtenido una mesada pensional con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 ostentando la condición de Congresista; y,
- (iii) Busca nivelar la pensión de los ex Congresistas a la de los Congresistas amparados por la Ley 4ª de 1992, al 50% del promedio de las pensiones devengadas por los segundos para el año 1994.

Este desarrollo normativo no se opone ni a la Constitución ni a la Ley Marco por cuanto:

- Se reitera, que el Ejecutivo Nacional en cuanto al **porcentaje** al que ascendería el reajuste no se encontraba sujeto a norma específica que lo cuantificara en la Ley Marco; y,
- El porcentaje del reajuste fijado en el 50% del promedio de las pensiones de los Congresistas amparados por la Ley 4ª de 1992 para el año 1994 es razonable para los fines buscados por la norma y no vulnera el derecho a la igualdad de los ex Congresistas frente a los Congresistas, ni el de los ex Magistrados frente a los Magistrados, pues no están ubicados en igualdad de condiciones.”

Indicó la Sala, en dicha oportunidad, que los ex Congresistas y ex Magistrados que a la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 eran pensionados, se encontraban amparados por regímenes pensionales especiales que fijaban sus propias reglas de edad, tiempo y cuantía para acceder y cuantificar el reconocimiento pensional, sin embargo, la Ley 4ª de 1992, y el Decreto 1359 de 1993, pretendieron disminuir la diferencia generada entre los ex Congresistas y ex Magistrados pensionados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992, respecto de quienes desempeñaran los mismos cargos con posterioridad a dicha fecha, a quienes por razones objetivas se les incrementaron sus salarios y prestaciones, sin que ello implicara una equiparación absoluta pues es claro que se trataba de grupos diferenciados, que desempeñaron sus cargos bajo ordenamientos jurídicos diversos.

En tal sentido, precisó que el reajuste especial en referencia, no se erige en un reconocimiento pensional diverso del que previamente le fue otorgado al beneficiario del mismo sino que, constituye un reajuste especial previsto en consideración a la desigualdad que surgió entre el monto de las pensiones de los Congresistas pensionados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 y los que lo fueron con posterioridad a ella.

Respecto a la base del reajuste, también anotó la Sala que:

“El artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 dispuso en su párrafo que los reajustes pensionales de los Congresistas se harían teniendo en cuenta **lo devengado por un Congresista en ejercicio**, sin embargo, el artículo 17 del Decreto 1359 de 1993 modificado por el artículo 7º del Decreto 1293 de 1994 dispuso que el reajuste especial en un 50% se haría **frente al promedio de las pensiones** de los Congresistas en el año 1994, determinación que no vulnera los parámetros de la Ley Marco, por cuanto:

.- Al ordenarse el reajuste especial tomando como base el promedio de las pensiones y no literalmente la asignación devengada, no implica que éste último parámetro no sirva de base para la determinación de reajuste, por cuanto, en últimas, la pensión de un Congresista para el año 1994 se liquida con base en la asignación devengada para ese año por un Congresista en ejercicio, es decir, en el fondo el reajuste se efectúa sobre la asignación devengada por un Congresista para el año 1994.

.- Partiendo de este análisis, entonces, se concluye que el ejecutivo en la estructuración del reajuste pensional se ajustó a los parámetros fijados en la Ley Marco sin exceder sus facultades en forma alguna”.

Así, concluyó que para efectos del reajuste especial de ex Congresistas ha de atenerse a lo dispuesto por el artículo 17 del Decreto 1359 de 1993 modificado por el artículo 7º del Decreto 1293 de 1994; esto es, el reajuste pensional al que tienen derecho por una sola vez los ex Congresistas y ex Magistrados asciende al 50% del promedio de las pensiones devengadas por los Congresistas para el año 1994, interpretación que se enmarca dentro de la facultad que tenía el Ejecutivo en desarrollo de la Ley Marco de salarios y prestaciones y atiende la diferenciación existente entre ex Congresistas y Congresistas, que impide un trato igualitario.

Bajo el anterior marco normativo y jurisprudencial a continuación la Sala procede a reiterar la postura ya fijada en la sentencia mencionada, por las precisas razones que se expondrán.

3.- Caso Concreto

3.1. Hechos probados:

.- Tiempo laborado en la Cámara de Representantes. De la constancia expedida por el Subsecretario General de la Cámara de Representantes el 22 de marzo de 2002, visible al folio 112 del cuaderno anexo, se desprende que el actor fue elegido Representante Suplente por la circunscripción electoral del Departamento del Tolima para el periodo constitucional 1982-1986, en donde laboró los siguientes tiempos: El 26 de octubre de 1982 tomó posesión y ese mismo día fue reemplazado por el principal, volvió a entrar el 1 de noviembre de 1982 al 01 de diciembre de 1982, y luego del 10 de octubre de 1983 al 19 de julio de 1986, fecha en la cual terminó el periodo constitucional.

.- Del reconocimiento pensional: Mediante **Resolución No. 3070 de 7 de diciembre de 1988**, proferida por la Caja de Previsión Social del Tolima, le fue reconocida pensión de jubilación al actor por los servicios prestados en el Departamento del Tolima, la Caja Nacional de Previsión Social, Municipio de Icononzo y Municipio del Guamo, con fundamento en la Ley 33 de 1985 y el artículo 10 de la Ley 48 de 1962 (fs. 9 a 11 cuaderno anexo).

El reconocimiento pensional anterior fue aclarado y modificado mediante las Resoluciones Nos. 210 de 4 de abril de 2001 y 991 de 19 de diciembre de 2002, expedidas por el Fondo Territorial de Pensiones del Tolima, en el sentido de incluir mayores tiempos para la pensión (fs.92 a 94 y 113 a 114).

.- De la reclamación del reajuste pensional: El **4 de diciembre de 1998** el actor elevó reclamación al FONDO DE PREVISION SOCIAL DEL CONGRESO para que le fuera conmutada la pensión de jubilación en calidad de ex congresista (f. 14 cuaderno anexo)

Luego de surtido el trámite de consulta de las respectivas cuotas pensionales a las entidades en donde el actor prestó sus servicios (Gobernación del Tolima, Municipio de Icononzo, Municipio del Guamo, Caja Nacional de Previsión Social)⁸, y de fallada la acción de tutela presentada por el actor en defensa de su derecho fundamental al debido proceso, FONPRECON procedió, mediante **Resolución No. 00588 de 27 de septiembre de 2000**, a negar el reconocimiento y pago de la conmutación pensional al actor porque a la fecha de adquirir el status de pensionado por edad (1989) el actor no era Congresista (fs. 77 a 80).

Contra el acto anterior, el actor interpuso recurso de reposición el cual fue resuelto mediante **Resolución No. 011 de 29 de enero de 2001**, por la cual se revoca la Resolución No. 0588 de 27 de septiembre de 2000 y se dispone continuar el trámite administrativo de la solicitud de conmutación pensional ante la División de Prestaciones económicas del Fondo de Previsión Social del Congreso. (fs. 81 a 85).

El **3 de abril de 2003**, el actor reitera la petición de conmutación pensional a FONPRECON y solicita concluir el trámite iniciado desde el 4 de diciembre de 1998 para resolver sobre la misma (fs. 128 a 133).

Mediante **Resolución No. 1196 de 29 de septiembre de 2003**, expedida por el Director General del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, se le negó la solicitud de conmutación pensional al actor, por considerar que no cumplía los requisitos del artículo 7 del Decreto 1359 de 1993., es decir, llegar o haber llegado a cumplir 55 años en condición de Congresista. (fs. 151 a 153).

⁸ Fs. 15 a 76 cuaderno anexo.

El acto anterior fue notificado personalmente al actor el 29 de septiembre de 2003. (f. 153).

El actor interpuso recurso de reposición contra la decisión anterior al considerar que por encontrarse en el régimen de transición de la Ley 33 de 1985, la edad pensional era 50 y no 55 años, por lo que cumplía los requisitos para acceder al reajuste especial (fs. 155 a 176)

Transcurrido el término legal para resolver el recurso, la entidad guardó silencio, razón por la cual el actor interpuso acción de tutela en procura de obtener la defensa de sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, seguridad social, mínimo vital.

.- Del fallo de tutela: La acción de tutela presentada por el actor fue fallada en primera instancia el 12 de diciembre de 2003 por el Juzgado 37 Penal del Circuito de Bogotá, que tuteló los derechos del actor y ordenó a FONPRECON proferir la resolución de afiliación al Fondo, así como el reajuste de la pensión sobre la base del 75% de los ingresos de un congresista, desde el momento en que se elevó la solicitud (4 de diciembre de 1998), no se pronunció sobre el derecho al retroactivo (fs. 192 a 202).

FONPRECON impugnó la decisión de primera instancia⁹, no obstante dio cumplimiento a lo ordenado para lo cual expidió la **Resolución No. 007 de 8 de enero de 2004** mediante la cual dispuso la afiliación del actor al fondo, asumió el pago de la pensión a partir del 4 de diciembre de 1998, ordenó reajustar el valor de la pensión, a partir del 4 de diciembre de 1998 al 75% de lo que devengaba un congresista en ejercicio para dicho año y ordenó descontar los valores percibidos por la Caja de Previsión Social del Tolima por concepto de mesadas pensionales

⁹ Fs. 203 a 215.

desde el 4 de diciembre de 1998 hasta la fecha en que sea retirado de dicha nómina de pensionados. (fs. 216 a 221).

Al resolver la impugnación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia de segunda instancia de 23 de febrero de 2004 revocó la sentencia de tutela que amparó los derechos fundamentales del actor.

Por lo anterior, el demandante solicitó la revisión del fallo de tutela de segunda instancia, siendo seleccionado por la Corte Constitucional, que mediante **sentencia T-862 de 3 de septiembre de 2004**, revocó el fallo de segunda instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, concedió el amparo a los derechos del debido proceso, a la igualdad y al mínimo vital, y ordenó al Fondo de Previsión del Congreso de La República resolver el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 1196 de 2003 (fs. 241 a 280).

En la sentencia T-862 de 2004, la Corte Constitucional ordenó a FONPRECON, en el término de 48 horas, resolver el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1196 de 2003, tener en cuenta el tiempo reconocido en la Resolución No. 991 de 2002 y en ese orden, acceder al reajuste especial de la mesada pensional, de acuerdo con la Ley 4 de 1992 y el Decreto 1359 de 1993. Ordenó pagar el reajuste pensional desde el 4 de diciembre de 1998 y no se pronunció sobre el retroactivo por considerar que se trataba de un asunto que no compete al Juez de tutela.

.- Del reconocimiento de la conmutación pensional y el reajuste especial.

En cumplimiento de la Sentencia T-862 de 2004, FONPRECON expidió **la Resolución No. 1596 de 30 de septiembre de 2004**, a través de la cual resolvió reponer la Resolución No. 1196 de 29 de septiembre de 2003, y en su lugar reconocer la conmutación pensional de conformidad con lo expresado en la **Resolución No. 007 de 8 de enero de 2004** (fs. 284 a 291). En dicho acto la

entidad demandada no se pronunció sobre el pago del retroactivo por no haberse ordenado en la sentencia de tutela, dejando su definición al juez natural.

El acto anterior fue notificado personalmente al actor el 12 de octubre de 2004 (f. 291).

3.2.- Análisis Sustancial

3.2.1. Individualización de las pretensiones. Se demanda la nulidad parcial de (i) La **Resolución No. 1196 de 29 de septiembre de 2003**, proferida por el Director General del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, en adelante – FONPRECON, por medio de la cual se le negó el reconocimiento de la conmutación pensional y el reajuste de la mesada pensional de conformidad con lo establecido por la Ley 4 de 1992, y (ii) La **Resolución No. 1596 de 30 de septiembre de 2004**, proferida por el mismo funcionario, mediante la cual repuso la Resolución 1196 de 29 de septiembre de 2003 y en su lugar reconoció una conmutación pensional de conformidad con lo expresado en la Resolución No. 007 de 8 de enero de 2004, **en lo pertinente al no reconocimiento del retroactivo por el periodo del 4 de diciembre de 1995 al 4 de diciembre de 1998.**

Lo primero que debe precisar la Sala, es que la **Resolución No. 1196 de 29 de septiembre de 2003**, fue expresamente revocada por la Resolución No. 1596 de 30 de septiembre de 2004.

Al tenor de lo previsto en el artículo 138 inc. 3 del C.C.A, no procede demandar el acto que ha sido revocado por la administración:

***“Art. 138. Individualización de las pretensiones.** Cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión. Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda.*

Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión. (...)

En este orden, la Sala se inhibirá de emitir pronunciamiento sobre la legalidad de la Resolución 1196 de 29 de septiembre de 2003, toda vez que al haber sido revocada por la administración, no resultaba procedente la demanda contra dicho acto, de conformidad con el artículo 138 del C.C.A.

3.2.2. Precisión en torno al objeto de la controversia. Destaca la Sala que mediante **Resolución 007 de 8 de enero de 2004**¹⁰, FONPRECON dispuso la afiliación del señor José Orlando Arias Salcedo a dicho fondo, asumió el pago de la pensión que le venía reconociendo la Caja de Previsión del Tolima mediante Resolución 3070 de 1988, y reajustó la pensión a partir del 4 de diciembre de 1998, al 75% de lo que devengaba un congresista en ejercicio para dicho año, esto es, en la suma de \$7'839.010.

La decisión anterior fue reiterada en la **Resolución No. 1596 de 30 de septiembre de 2004**, proferida por la Directora General de FONPRECON, en la que se reconoce la conmutación pensional del actor, de conformidad con lo expuesto en la Resolución No. 007 de 8 de enero de 2004, por lo tanto, para la Sala es claro que el derecho a la conmutación y reajuste especial del actor fue definido por la administración a través de los referidos actos.

El actor aclara que la acción de nulidad y restablecimiento la promueve para obtener la nulidad parcial de la **Resolución No. 1596 de 30 de septiembre de 2004** en cuanto al **no reconocimiento del retroactivo por el periodo del 4 de diciembre de 1995 al 4 de diciembre de 1998**, de lo que se infiere que el interés del actor no es controvertir el reconocimiento del derecho a la conmutación y reajuste especial, sino el pago de las diferencias pensionales por el periodo indicado, como

¹⁰ Fs. 242 a 246 cuaderno anexo.

consecuencia de la conmutación y reajuste ya reconocido por la entidad demandada.

Lo anterior encuentra sustento en las certificaciones y comprobantes de egreso allegados al proceso¹¹, de las que se desprende que a partir del 1 de enero de 2004, el actor ingresó a la nómina de pensionados de FONPRECON con una mesada pensional de \$13.767.194, y el 16 de febrero de 2004, **recibió la suma de \$556'689.519, por concepto de mesadas atrasadas correspondientes al periodo del 4 de diciembre de 1998 al 30 de diciembre de 2003.**

En este orden, para la Sala es claro que el objeto de la controversia gira en torno al reconocimiento y pago de las diferencias pensionales causadas durante los tres (3) años anteriores a la solicitud de la conmutación elevada el 4 de diciembre de 1998, las cuales no fueron reconocidas por FONPRECON, y no en torno al reconocimiento del derecho a la conmutación y reajuste pensional del actor, ni la reliquidación del monto pensional ni los factores o elementos que la integran, como erróneamente lo interpretó el **A quo**.

3.2.3. De los motivos de impugnación.

3.2.3.1. Del actor: (i).- En síntesis, plantea el actor que es objetable que el Tribunal haya asumido la facultad de revisar y reliquidar el derecho a la pensión conmutada y su monto que no era el objeto del proceso. Al respecto, como quedó visto, el objeto de la controversia gira en torno al reconocimiento y pago del retroactivo insoluto por el periodo del 4 de diciembre de 1995 al 4 de diciembre de 1998 y no en torno al reconocimiento del derecho a la conmutación y reajuste pensional del actor, ni la reliquidación del monto pensional, motivo por el cual es claro para la Sala que, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al ordenar la reliquidación de la pensión del actor, emitió pronunciamiento por fuera de lo pedido en la demanda, con lo cual desbordó los límites de su competencia y en tal sentido, le asiste razón al apelante,

¹¹ Fs. 232 a 237 del cuaderno anexo.

motivo por el cual, la Sala procederá a revocar la sentencia apelada en el entendido que se pronunció sobre aspectos no solicitados en la demanda, vulnerando el principio de congruencia que se deriva del artículo 170 del C.C.A, según el cual: *“La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones (...)”*. En el presente caso, como el actor no demandó los actos administrativos en cuanto a la liquidación de la pensión con el reajuste previsto en el Decreto 1359 de 1993, no era factible que el Tribunal emitiera pronunciamiento en torno a algo no pedido en la demanda.

(ii).- Por otra parte, argumenta que para el reconocimiento y pago del retroactivo insoluto por el periodo del 4 de diciembre de 1995 al 4 de diciembre de 1998 se deben mantener las mismas condiciones de reconocimiento del derecho sustancial a la conmutación pensional que decretó la Corte Constitucional en la Sentencia T-862 de 2004, con base en una liquidación equivalente al 75% de los ingresos que por todo concepto salarial y prestacional devengare un Congresista en servicio activo, entre el 4 de diciembre de 1994 al 4 de diciembre de 1998. En tal sentido, afirma que la base de liquidación contemplada en los numerales 2 y 3 de la sentencia apelada perjudican el derecho que le fue reconocido al reducir el monto del retroactivo al 50% del valor de la pensión que a 1 de enero de 1994 devengare un Congresista pensionado.

Al respecto, lo primero que debe dejar claro la Sala es que el reajuste especial reconocido por FONPRECON mediante la Resolución No. 1596 de 30 de septiembre de 2004 no se ajusta a lo establecido en el artículo 17 del Decreto 1359 de 1993, toda vez que, como se dejó expuesto, el reajuste especial al que tienen derecho los ex Congresistas pensionados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 4 de 1992, por una sola vez, es el 50% de la pensión correspondiente a un Congresista para el año 1994 y no el 75% de lo devengado por un Congresista, empero, como no es objeto de controversia la decisión sobre el reajuste especial

concedido al actor, entonces no le es dado a la Sala, de manera oficiosa, proceder a declarar la nulidad de tal reconocimiento, pues se reitera, el mismo no es objeto de demanda en el presente proceso.

En cuanto a las diferencias en las mesadas reclamadas por el actor por el periodo del 4 de diciembre de 1995 al 4 de diciembre de 1998, dirá la Sala que no resulta procedente tal reconocimiento, toda vez que el reajuste a que tiene derecho el actor es del 50% de la pensión de un congresista para el año 1994 y no el 75% de lo que devengaba un Congresista para el año 1998 como lo pretende; así las cosas, no es procedente ordenar el reconocimiento de la diferencias pensionales en los términos de la demanda, cuando resulta evidente que el reajuste que le concedió la entidad, excede el derecho que legalmente le corresponde.

En el proceso quedó demostrado que el actor recibió la suma de \$556.689.519,72 por concepto de diferencias en las mesadas pensionales causadas como consecuencia de la “conmutación” de la pensión y del reajuste efectuado desde el 4 de diciembre de 1998 al 30 de enero de 2004, suma que corresponde a un reajuste superior al previsto en la ley (artículo 17 del Decreto 1359 de 1993, 50% de la pensión de un Congresista para el año 1994), razón por la cual la Sala no advierte la existencia de perjuicio alguno en cabeza del actor, por el contrario, la administración le otorgó un reajuste pensional superior al legalmente establecido, situación que sin duda, deberá revisar la entidad demandada con el fin de que evalúe la posibilidad de iniciar el medio de control de nulidad contra dicho reconocimiento, con el fin de lograr que el reajuste pensional otorgado al actor se ajuste al ordenamiento jurídico.

En conclusión, para efectos del reajuste especial de ex Congresistas, ha de atenerse a lo dispuesto por el artículo 17 del Decreto 1359 de 1993 modificado por el artículo 7º del Decreto 1293 de 1994; esto es, el reajuste pensional al que tienen derecho por una sola vez los ex Congresistas, en este caso el actor, asciende al 50% del promedio de las pensiones devengadas por los Congresistas para el año

1994, razón por la cual, las diferencias pensionales que pretende el actor, con fundamento en el reajuste pensional ordenado en el 75% de lo que devengaba un congresista para el año 1998 no resulta procedente y en tal sentido las pretensiones no están llamadas a prosperar.

3.2.3.2. De la entidad demandada. La entidad demandada manifestó su inconformidad con el reconocimiento de la conmutación pensional a favor del actor por considerar que la misma no es procedente en el sector público. Afirma que el demandante no cumple con el requisito previsto en el literal a) del artículo 4 del Decreto 1359 de 1993 para acceder al régimen especial de congresistas, el cual exige como condición estar afiliado al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, porque al momento de la solicitud de la conmutación pensional se encontraba afiliado a la Caja de Previsión Social del Departamento y no a FONPRECON.

Sobre el particular, basta con reiterar que el objeto de la presente controversia no gira en torno al reconocimiento del reajuste especial del actor, sino del retroactivo insoluto como consecuencia del reajuste ordenado por FONPRECON, o dicho en otras palabras, la pretensión de nulidad contra los actos demandados lo fue en forma parcial en cuanto al no reconocimiento del retroactivo del 4 de diciembre de 1995 al 4 de diciembre de 1998 y no en cuanto al reconocimiento de la conmutación y del reajuste especial; en este orden de ideas, no le es dado a la Sala entrar a efectuar un pronunciamiento en torno a la legalidad del reconocimiento del reajuste especial y de ahí que lo procedente sea que la entidad demandada acuda al ejercicio del medio de control de nulidad para obtener la declaratoria de nulidad del acto de reconocimiento del reajuste especial del actor, conforme se expuso en párrafos anterior. Por lo anterior, los motivos de impugnación no están llamados a prosperar.

En consideración a lo expuesto, la Sala procede a revocar la sentencia apelada y en su lugar a negar las pretensiones de la demanda.

Por último, atendiendo la manifestación de voluntad expresada por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República mediante poder allegado a folio 392 y anexos obrantes a folios 389 a 391, procederá la Sala a reconocer personería al apoderado, por reunir los requisitos del artículo 76 del Código General del Proceso.

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

FALLA

REVOCASE la sentencia de 10 de mayo de 2007, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda instaurada por JOSE ORLANDO ARIAS SALCEDO contra EL FONDO DE PREVISION SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA. En su lugar, **DENIEGASE** las pretensiones de la demanda por las razones expuestas.

RECONÓCESE personería al abogado Carlos Andrés Sánchez Rodríguez, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.628.863 de Bogotá, y portador de la tarjeta profesional No. 152609 del C.S.J, para actuar en representación del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

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

GERARDO ARENAS MONSALVE

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

ALFONSO VARGAS RINCON (E)