



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”**

Consejero Ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., julio veintiuno de dos mil dieciséis (2016). SE 075

Radicado: 250002325000200608380 03 (1216-2012)

Actor: Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.

Demandado: Maruja Guerrero de Albornoz¹

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Decreto 01 de 1984.

La Subsección conoce del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 11 de noviembre de 2011 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F en Descongestión, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El Fondo de Previsión Social del Congreso de la República², por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó la nulidad de sus propios actos administrativos.

¹ En el poder aparece como “María”, no obstante, la misma firmó dicho documento como “Maruja” (f. 157). Igual nombre recibe en los actos demandados. Por tanto la Subsección la nombrará como Maruja Guerrero de Albornoz.

² En adelante FONPRECON



Pretensiones

1. Se declare la nulidad de las siguientes resoluciones expedidas por FONPRECON:

a) Núm. 1127 de 1 de diciembre de 1993 mediante el cual se ordenó la afiliación a la entidad pensional del Congreso de la señora Maruja Guerrero de Albornoz.

b) Núm. 1128 de 1º de diciembre de 1993 por la cual se reconoció el reajuste especial de la pensión a favor de la mencionada en porcentaje equivalente al 50% del ingreso mensual promedio que devengaba un Congresista en el año 1993, efectiva a partir del 1º de enero de 1994.

c) Núm. 1644 de 30 de diciembre de 1994 mediante la cual se concedió un reajuste especial a la pensión de la señora Guerrero de Albornoz en un porcentaje del 75% del ingreso mensual de un Congresista para el año 1994. Efectiva a partir del 1º de enero del mismo año.

d) Núm. 0451 de 11 de abril de 1996 con la cual se otorgó el reajuste especial a la demandada por los años 1992 y 1993 con efectividad a partir del 1º de enero de 1992.

e) Núm. 1792 de 30 de diciembre de 1996 que reconoció intereses moratorios sobre el reajuste por valor de \$123.268.457,57.

2. Declarar que FONPRECON no estaba obligado a: (i) afiliar como pensionada a la señora Maruja Guerrero de Albornoz; (ii) asumir el pago de la pensión que le reconoció la Caja Nacional de Previsión Social mediante resolución núm. 03221 de 10 de junio de 1969; (iii) al reconocimiento y pago del reajuste especial de su pensión ordenado mediante las resoluciones



números 1128 de 1 de diciembre de 1993 y 1644 de 30 de diciembre de 1994.

3. Declarar que la señora Maruja Guerrero de Albornoz no tiene derecho: (i) A los reajustes especiales ordenados en las resoluciones 1644 de 30 de diciembre de 1994 y 0451 de 11 de abril de 1996 y; (ii) al pago de los intereses moratorios reconocidos en la resolución núm. 01792 de 30 de diciembre de 1996.

4. Como consecuencia de lo anterior solicitó ordenar: (i) a La Caja de Previsión Social reanudar la afiliación de la señora Guerrero de Albornoz con el reconocimiento de sus derechos pensionales conforme la Ley 100 de 1993; (ii) a la señora Guerrero de Albornoz reintegrar a FONPRECON el mayor valor de los pagos efectuados en virtud de las resoluciones demandadas y; (iii) a la entidad obligada legalmente al pago de la pensión que reanude el mismo y que reintegre al Fondo los valores que por concepto de mesadas y reajustes sufragó éste.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones (fls. 130 a 132):

1. La Caja Nacional de Previsión Social, a través de la resolución núm. 03221 de 10 de junio de 1969, reconoció a la señora Maruja Guerrero de Albornoz, el derecho a disfrutar en forma sustituta la pensión otorgada a su esposo, el Congresista Carlos Alberto Albornoz Rosas.

2. FONPRECON mediante la resolución núm. 1127 de 1º de diciembre de 1993 ordenó la afiliación de la señora Guerrero de Albornoz y asumió el pago de la pensión reconocida por la Caja Nacional de Previsión Social.



3. A petición de la señora Guerrero de Albornoz y mediante los restantes actos administrativos acusados FONPRECON concedió el reajuste especial de la mesada pensional y el pago de los intereses moratorios en los términos señalados en el acápite de pretensiones. La totalidad de estos pagos ascendió a la suma de \$974.117.989.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como normas violadas las siguientes: Artículos 23 y 24 de la Ley 33 de 1985, el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 19 de 1987, artículo 62 del Acuerdo 026 de 1986 expedido por la Junta Directiva de FONPRECON y aprobado a través del Decreto 2837 del mismo año, artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, artículo 141 de la Ley 100 de 1993, artículos 8 y 17 del Decreto 1359 de 1993 y el artículo 7º del Decreto 1293 de 1994.

Consideró que la entidad vulneró las normas citadas en atención a lo siguiente:

No era procedente que Fonprecon afiliara a la demandada y asumiera el pago de su pensión, por cuanto para tal efecto se requiere que el beneficiario de la prestación sea Congresista pensionado, reelegido y adicionalmente que haya realizado aportes al Fondo de Previsión por un tiempo superior a un año.

Advirtió que dichos requisitos no se cumplen en el caso concreto, toda vez que a la señora Guerrero de Albornoz se le reconoció la sustitución de la pensión que percibía el Congresista Carlos Alberto Albornoz Rojas desde el 26 de junio de 1968 y que el Fondo de Previsión Social del Congreso está obligado a reconocer y pagar las prestaciones económicas de los Congresistas, tan sólo a partir del 26 de marzo de 1986. Ello en virtud de lo



dispuesto en el artículo 62 del Acuerdo núm. 026 de 1988 expedido por la Junta Directiva del Fondo y aprobado por Decreto 2837 de 1986.

Manifestó que FONPRECON al reconocer a la señora Guerrero de Alborno el reajuste especial de la mesada pensional equivalente al 75% del ingreso mensual de un Congresista desconoció el artículo 17 del Decreto 1359 de 1993, puesto que la norma no igualó los porcentajes del reconocimiento pensional y el reajuste especial al ser situaciones distintas. Además porque la entidad otorgó efectos *erga omnes* a unas sentencias de tutela (T-456 de 1994 y T-463 de 1995) que desconocieron el contenido de la norma mencionada.

Sobre el reconocimiento de los intereses de mora por el no pago del reajuste especial de la pensión para los años 1992 y 1993, sostuvo que se vulneraron los artículos 141 de la Ley 100 de 1993 y 17 del Decreto 1359 de 1993 que señalan que el reajuste debe hacerse a partir del 1º de enero de 1994, luego los intereses de mora se ordenaron por un periodo que no era exigible.

**SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS
DEMANDADOS
(fls. 143 a 147)**

El Tribunal denegó la suspensión provisional de los actos administrativos demandados al considerar que de la confrontación directa de los mismos con el ordenamiento jurídico no era posible determinar su vulneración, por lo que se hacía indispensable abordar el estudio de fondo para determinar el alcance las sentencias T-456 de 1994 y T-463 de 1995 que sirvieron de sustento a los actos acusados.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 447 a 455)

La señora Maruja Guerrero de Albornoz se opuso a todas las pretensiones de la demanda. Aceptó como ciertos los hechos con excepción del séptimo y el octavo, respecto de los cuales manifestó que el reconocimiento de los reajustes pensionales y los intereses moratorios se realizó conforme a las leyes vigentes.

Expresó que la Caja Nacional de Previsión Social concedió la pensión de jubilación a favor del ex congresista Carlos Alberto Albornoz Rosas y posteriormente FONPRECON asumió todas las obligaciones relacionadas con el pago de la prestación que fue sustituida en la señora Guerrero de Albornoz.

Realizó un recuento del reconocimiento de los reajustes pensionales que efectuó FONPRECON a su favor, respecto de los cuales expuso que se concedieron en virtud de las sentencias T-456 de 1994 y T-463 de 1995 y que en consecuencia no es posible que exista vulneración del artículo 17 del Decreto 1359 de 1993.

Justificó el pago de los intereses moratorios por el no reconocimiento oportuno del reajuste, en el concepto núm. 841 emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y en el contenido del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Señaló que no se vulneraron los artículos 4 y 8 del Decreto 1359 de 1993 porque estos se aplican a aquellos pensionados que renunciaron temporalmente a su pensión y fueron reelegidos como Congresistas, situación no aplicable al señor Carlos Alberto Albornoz Rosas quien no fue reelegido después de pensionado.



Sostuvo que los artículos 23 y 24 de la Ley 33 de 1985 sí son aplicables al presente caso. Así, explicó que en principio quien asumió el pago de la prestación fue la Caja Nacional de Previsión Social, no obstante, el artículo 24 mencionado ordenó que ello cesaría una vez FONPRECON tuviera sus estatutos aprobados. Agregó que dicha entidad a través del Acuerdo núm. 26 de 1986 expresó que asumiría automáticamente la carga prestacional de los Congresistas ya pensionados, lo que hizo desde el 26 de marzo de dicho año.

Propuso las siguientes excepciones:

- **Caducidad:** Adujo que en el caso sub examine se configuró la caducidad de las pretensiones primera y de la quinta hasta la décimo séptima. Lo anterior por cuanto la entidad no demandó sus propios actos, en el término señalado en el numeral 7º del artículo 136 del C.C.A.
- **Prescripción:** Solicitó que en caso de acogerse las pretensiones, se aplique la prescripción.
- **Buena fe:** Toda vez que en los términos del artículo 136 numeral 2º del C.C.A. la administración no puede recuperar lo pagado de buena fe, como en el caso de la señora Guerrero de Albornoz.
- **Falta de legitimación en la causa por “activa y por pasiva”:** Por cuanto el FONDO pretende que se le reintegre la totalidad de los valores correspondientes a la pensión, a los reajustes y a los intereses reconocidos a la señora Guerrero de Albornoz. Empero, esa entidad sólo tiene derecho a una parte, toda vez que la pensión fue asumida por la Caja Nacional de Previsión Social, la Caja de Previsión Social del Departamento de Nariño, la Caja de Previsión Social del Departamento de Cundinamarca y Caprecom.



Además, el FONDO pide que se ordene a la Caja Nacional de Previsión Social reanudar la afiliación de la demandada sin tener poder para actuar en nombre de esta.

- **Inexistencia de soporte legal para solicitar la rebaja de la pensión y sus correspondientes ajustes e intereses:** Por cuanto el Fondo reconoció los reajustes especiales en cuantía equivalente al 75% en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 que ordena que las pensiones no pueden ser inferiores a esta cifra.

- **Presunción de legalidad:** La que funda en que de no existir tal presunción, habría podido el mismo Fondo revocar directamente los actos.

- **Inepta demanda:** En atención a que no se especificó que la señora Maruja Guerrero de Albornoz es la parte demandada dentro del proceso, conforme lo ordena el numeral 1º del artículo 137 del C.C.A. Y adicionalmente por cuanto en las pretensiones se solicitó un doble reintegro de las sumas pagadas, puesto que también se deprecó respecto de la Caja Nacional de Previsión Social.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

- FONPRECON (fls. 521 a 527)

Reiteró los argumentos referentes a que la señora Guerrero de Albornoz no tiene derecho a que Fonprecon pague su pensión de jubilación, puesto que nunca fue Congresista ni realizó aportes a dicha entidad, requisitos que exige la Ley 33 de 1985 en su artículos 23 y 24 y el Decreto 1359 de 1993 artículo 17.



Explicó el régimen de transición que trajo la Ley 100 de 1993 en su artículo 36 para la aplicación del Decreto 1359 de 1993. Sobre el reajuste indicó que existen diversas posiciones, una de las cuales es la de la Corte Constitucional a través de la sentencia T-456 de 1994 que lo fijó en un 75%, y que difiere de la posición del Consejo de Estado que distingue los conceptos de pensión y reajuste.

En virtud de lo anterior, señaló que no podía FONPRECON dar aplicación a las sentencias T-456 de 1994 y T-463 de 1995 porque ambas contradicen lo establecido en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 y el 17 del Decreto 1359 de 1993. En lo demás reiteró los argumentos de la demanda.

- Maruja Guerrero de Albornoz (fls. 542 a 566).

Ratificó lo expuesto en relación con las excepciones propuestas en la contestación de la demanda. Sobre la de falta de legitimación en la causa por activa y pasiva agregó que no se integró en debida forma el contradictorio puesto que debió vincularse a la Caja Nacional de Previsión Social, a la Caja de Previsión Social del Departamento de Nariño y a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca, pues así lo disponen los artículos 267 del C.C.A. y 97 del C.P.C. (vigente para la época).

Añadió que el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 es claro y que por tanto no requiere de interpretación. Contradijo nuevamente las normas que considera vulneradas la parte accionante, para lo cual esgrimió los mismos argumentos contenidos en la contestación de la demanda.

**Concepto del Ministerio Público
(fls. 568 a 585)**



La Procuraduría 9ª Judicial II ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca solicitó declarar la nulidad de las resoluciones números 1644 de 30 de diciembre de 1994, 0451 de 11 de abril de 1996 y 1792 de 30 de diciembre de 1996 y negar la solicitud de reintegro de lo pagado.

Respecto a la resolución núm. 1127 de 1º de diciembre de 1993 por medio de la cual se afilió a la señora Guerrero de Albornoz a FONPRECON señaló que operó la caducidad en atención a que la misma no reconoce una prestación periódica y en esa medida debía demandarse dentro del término señalado en el numeral 7º del artículo 136 del CCA, el cual para el caso concreto se superó.

De la resolución núm. 1128 de 1º de diciembre de 1993 que reconoció el reajuste especial en un porcentaje del 50% a partir del 1º de enero de 1994, refirió que no vulnera ninguna norma, pues su contenido se encuentra acorde con lo preceptuado en el artículo 17 del Decreto 1359 de 1993.

Solicitó la nulidad de las resoluciones números 1644 de 30 de diciembre de 1994 y 0451 de 11 de abril de 1996, puesto que al otorgar el reajuste especial en un porcentaje del 75% desbordó los límites establecidos en el Decreto 1359 de 1993.

En cuanto a la resolución 1792 del 30 de diciembre de 1996 que reconoció intereses moratorios por los reajustes otorgados, señaló que igualmente debe declararse su nulidad, porque la suerte de lo accesorio sigue la de lo principal.

Finalmente, esgrimió que no procede el reembolso de lo pagado porque la señora Guerrero de Albornoz lo adquirió de buena fe.

SENTENCIA APELADA

(fls. 588 a 631)



Mediante sentencia proferida el 11 de noviembre de 2011, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F de Descongestión declaró la nulidad de las resoluciones números 1644 del 30 de diciembre de 1994 y 0451 de 11 de abril de 1996 que reconocieron el reajuste especial de la mesada pensional a favor de la señora Guerrero de Albornoz en un porcentaje equivalente al 75%, así como de la resolución núm. 1792 de 30 de diciembre de 1996 que reconoció los intereses moratorios.

Como consecuencia de lo anterior ordenó conceder el mencionado reajuste solo en un 50% del ingreso promedio que devengaba un Congresista en el año 1994. Negó las demás pretensiones de la demanda.

a) Sobre las excepciones. Negó la de caducidad por considerar que los actos demandados se refieren al reconocimiento de un derecho pensional por lo que pueden ser demandados en cualquier tiempo.

En cuanto a los medios exceptivos de falta de legitimación en la causa por pasiva y activa e inepta demanda, expuso que no tenían vocación de prosperar en atención a que los actos demandados fueron proferidos por FONPRECON por lo que a la luz del artículo 73 del C.C.A. es la legitimada para interponer la acción de lesividad. Explicó que no era necesaria la vinculación de la Caja Nacional de Previsión Social porque no se pretende que la misma realice pago alguno.

Finalmente señaló que la señora Guerrero de Albornoz no debe ser llamada en calidad de demandada sino de vinculada, al ser la beneficiaria de los actos demandados para que ejerza la defensa de los mismos.

b) Fondo del asunto.



El Tribunal realizó un recuento normativo y jurisprudencial sobre la creación de FONPRECON (artículos 23 y 24 de la Ley 33 de 1985), el régimen pensional de los Congresistas consagrado en el Decreto 1359 de 1993 y el reajuste especial de las pensiones de los mismos preceptuado en el artículo 17 del Decreto precitado. Así, concluyó que el mismo cobija a los ex congresistas pensionados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 y que el porcentaje de la misma equivale al 50% del promedio de las pensiones devengadas por estos servidores públicos en el año 1994.

En el caso concreto, explicó que sí procedía la afiliación de la señora Guerrero de Albornoz a FONPRECON porque su causante - Carlos Alberto Albornoz Rosas – al momento de adquirir la pensión era Congresista. Ello lo manifestó al amparo del artículo 22 de la Ley 33 de 1985.

Expresó que la resolución núm. 1128 de 1993 se ajustó al contenido del artículo 17 del Decreto 1359 de 1993 al conceder el reajuste a un ex congresista por una sola vez y en un porcentaje equivalente al 50% del promedio de las pensiones devengadas por los Congresistas en el año 1994.

No ocurre lo mismo con las resoluciones posteriores que desconocieron que dicho reajuste no puede ser equivalente al 75% de lo devengado por un Congresista, pues ello no resulta viable dadas las diferencias objetivas que existen entre uno y otro grupo (Congresistas y ex – Congresistas pensionados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992).

En tal virtud consideró que le asistió razón a Fonprecon cuando solicitó la nulidad de las resoluciones 1644 de 30 de diciembre de 1994, 0451 del 11 de abril de 1996 en cuanto las mismas reconocieron el reajuste especial en un porcentaje superior al debido, esto es, al 50% del promedio de las pensiones devengadas por los Congresistas en el año 1994. Además y como la entidad demandante, mediante resolución 1792 de 30 de diciembre de 1996 reconoció unos intereses de mora sobre los reajustes ilegalmente realizados, los mismos corren idéntica suerte que las prestaciones.



No obstante, no accedió a la solicitud de reintegro del mayor valor de los pagos efectuados por el reconocimiento ilegal anotado, toda vez que de conformidad con lo establecido en el artículo 136 del CCA no procede el reintegro de los dineros percibidos por los particulares de buena fe.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

(fls. 633 a 663)

La señora Maruja Guerrero de Albornoz solicitó revocar la sentencia de primera instancia, con fundamento en lo siguiente:

(i) Improcedencia de la acción de lesividad. A su juicio, la acción de lesividad no puede utilizarse para atacar actos administrativos que fueron expedidos conforme a derecho, mucho más cuando la Constitución proclama el respeto por los derechos adquiridos.

Explicó que en el presente caso el 75% concedido por reajuste especial se efectuó con fundamento en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 y el artículo 6º del Decreto 1359 de 1993. Así mismo se aplicaron los criterios esbozados por la Corte Constitucional en las sentencias T-463 de 1995 y T-456 de 31 de octubre de 1994, en las cuales la Corte Constitucional protegió derechos tales como la igualdad, la no discriminación y el principio de favorabilidad.

(ii) Caducidad. Sostuvo que los actos que decretaron el reajuste no fueron demandados dentro del término establecido en el numeral 7º del artículo 136 del C.C.A., el cual consideró es el que regula la materia. Anotó que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, no puede aplicarse lo dispuesto en el numeral 2º ibídem por cuanto la regla del numeral 7º es posterior.



Agregó que el A quo no se pronunció al respecto y que sólo se refirió de manera general a la caducidad, sin estudiar si se configuraba dicha figura procesal respecto de cada una de las pretensiones, algunas de las cuales indicó no se refieren a prestaciones periódicas.

(iii) No se conformó el Litis consorcio necesario por activa y por pasiva.

Estimó que FONPRECON debió demandar solo el reintegro de la parte que esa entidad canceló y no solicitar la devolución de la totalidad de los pagos realizados a favor de la señora Guerrero de Albornoz. Pues si pretendía hacerlo, debió integrar debidamente el Litis consorcio necesario por activa, puesto que en la demanda señaló que la pensión de jubilación la pagaba mancomunadamente con la Caja Nacional de Previsión Social, la Caja de Previsión Social del Departamento de Nariño, la Caja de Previsión Social del Departamento de Cundinamarca y CAPRECOM.

Además porque en la pretensión décimo primera se pretenden condenas en contra de la Caja Nacional de Previsión Social pese a que la misma no está vinculada al proceso.

(iv) Prescripción. Alegó la establecida en el Decreto 3135 de 1968 de tres años.

(v) Buena fe. Comparte la conclusión a la que llegó el A quo en este punto.

(vi) Inexistencia de soporte legal para exigir el reintegro de las mesadas pensionales y sus reajustes y presunción de legalidad.

Manifestó que el A quo fundamentó su decisión en los Decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994 para determinar que el reajuste debía ser del 50%, lo que contradice el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, según el cual, las pensiones no pueden ser inferiores al 75% del promedio mensual que devengue un Congresista.

Por tal razón, consideró que los Decretos no se podían aplicar. Indicó que la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional ha precisado que el porcentaje que se debe reconocer es el 75% consagrado en la Ley 4ª de 1992 y no en los Decretos reglamentarios.

Sostuvo que el artículo 17 de la Ley mencionada es diáfano y se refiere a las pensiones, reajustes y sustituciones y no distingue los pensionados antes y después de 1992. Advirtió que la norma al referirse a los “reajustes” hizo alusión a los exparlamentarios pensionados con anterioridad a la entrada en vigencia de la disposición. Anotó que al ser la normativa clara, no admite interpretación.

(vii) Inepta demanda. Expresó que esta excepción no fue estudiada por el A quo y en tal virtud solicitó su revisión en esta instancia. En su sentir dicha excepción sí se configuró porque: (a) En la demanda no se explicó en que consistía la vulneración del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 tal como lo exige el artículo 137 numeral 4º del C.C.A.; (b) tampoco se dio cumplimiento a lo preceptuado por el artículo numeral 1º de dicha norma, toda vez que no se indicó quién es la parte demandada y; (iii) existe incoherencia entre los hechos y las pretensiones porque en las pretensiones sexta a la décimo séptima se solicitan declaraciones que no están contenidas en ningún acto administrativo demandado.

(viii) La demanda contradice los artículos 17 de la Ley 4ª de 1992 y 5º y 6º del Decreto 1359 de 1993. Los argumentos esbozados son los mismos transcritos en el numeral sexto.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

- **Maruja Guerrero de Albornoz** (fls. 684 a 720). Solicitó aplicar la excepción de inconstitucionalidad en relación con el artículo 7º del Decreto 1293 de



1994 que disminuye el reajuste del 75% al 50% porque contradice el inciso 2º del artículo 1º del acto legislativo 01 de 2005 vigente al momento de instaurar la demanda.

Explicó que conforme dicho acto legislativo, por ningún motivo puede reducirse el valor a pagar por la mesada pensional reconocida conforme a derecho, circunstancia que no se desvirtuó. En efecto, aseguró que el reajuste se otorgó con fundamento en la interpretación que hiciera la Corte Constitucional del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 en las sentencias T-456 de 1994 y T-463 de 1995 y por tanto constituye un derecho adquirido.

Aseguró que se debe proteger el principio de confianza legítima que surgió en el caso presente.

Ratificó en lo demás todos y cada uno de los argumentos contenidos en el recurso de apelación.

- **FONPRECON** (fls. 721 a 723).

Reiteró los razonamientos expuestos en la demanda referentes a que el reajuste reconocido en un porcentaje equivalente al 75% desbordó el límite para el mismo señalado en el artículo 17 del Decreto 1359 de 1993.

Con relación a lo manifestado en el escrito de apelación acerca de la vulneración del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, explicó que dicha disposición diferenció la pensión del reajuste de la misma.

Advirtió que no se ha declarado inexecutable el artículo 17 del Decreto 1359 de 1993 que establece el porcentaje del reajuste pensional en un 50% para los Congresistas pensionados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992.



Por último, indicó que no puede hablarse de derechos adquiridos por cuanto el reconocimiento del reajuste no tiene ningún soporte legal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO
(fls. 725 a 745)

La Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado solicitó confirmar la sentencia de primera instancia.

Manifestó que por tratarse de actos administrativos que hacen alusión a prestaciones periódicas podían ser demandados en cualquier tiempo, tal como lo dispone el numeral 2º del artículo 136 del C.C.A. por lo que desestimó la excepción de caducidad de la acción.

Sobre la integración del litis consorcio necesario, expresó que el proceso no se afecta en modo alguno por no haber vinculado a la Caja Nacional de Previsión Social, por cuanto al no anularse la resolución núm. 1127 de 1 de diciembre de 1993 que ordenó la afiliación de la señora Guerrero de Albornoz a FONPRECON, esta entidad debe continuar con el pago de la prestación social, como quiera que ello no fue objeto de apelación. Pese a lo cual señaló que la aludida afiliación es ilegal, como quiera que el Congresista se pensionó con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 y no fue reelegido con posterioridad, requisito necesario para que pudiera ser afiliado a dicha entidad.

En ese sentido sostuvo, se vulneraron los artículos 22 y 23 de la Ley 33 de 1985, el artículo 62 del Decreto 2837 de 1986 y el 8º del Decreto 1359 de 1993, porque no procedía la afiliación y correspondía a la Caja Nacional de Previsión continuar con el pago de la prestación social.



Sobre el reajuste especial expresó que éste sí debe ser reconocido pero en un porcentaje del 50% de lo devengado por los Congresistas en el último año en atención a que el 75% a que hace alusión la Ley 4ª de 1992 aplica solamente a los congresistas activos.

Advirtió que si bien es cierto la Corte Constitucional aceptó el porcentaje del 75% del reajuste tanto para quienes fueron Congresistas antes de la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 como para los que ostentaron tal cargo con posterioridad a la misma, lo cierto es que la Corte rectificó su posición a través de la sentencia de unificación 975 de 2003.

CONSIDERACIONES

Cuestión previa.

La Subsección observa que en el recurso de apelación el recurrente solicita que se estudien las excepciones que propuso en la contestación de la demanda.

Teniendo en cuenta lo anterior y toda vez que varios de los medios exceptivos planteados configuran presupuestos procesales de la acción, es pertinente su estudio previo al análisis del fondo del asunto.

Así las cosas, procederá la Subsección a estudiar las mismas.

(a) Improcedencia de la acción de lesividad. La parte apelante señaló que la acción de lesividad no puede utilizarse para atacar actos administrativos que fueron expedidos conforme a derecho, como en el presente caso, en el cual FONPRECON expidió las resoluciones acusadas con fundamento en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, en el artículo 6º del Decreto 1359 de 1993 y en la sentencia T-456 del 31 de octubre de 1994.



Sea lo primero señalar que la administración cuenta con la posibilidad de demandar sus propios actos administrativos ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuando considere que los mismos son ilegales o vulneran el ordenamiento jurídico.

El Código Contencioso Administrativo no consagra la acción de lesividad como autónoma e independiente, no obstante, su ejercicio puede hacerse a través de la acción de nulidad simple cuando no se busque el restablecimiento del derecho o de nulidad y restablecimiento del derecho cuando sí se pretenda este³.

La administración puede hacer uso de ella cuando no pueda revocar directamente el acto que vulnera el ordenamiento jurídico a través del mecanismo de la revocatoria directa por no cumplirse los requisitos señalados para el efecto por la norma, verbi gracia, como cuando en el caso de los actos de contenido particular, no se logra el consentimiento del directamente afectado con la decisión tal como lo exige el artículo 73 del C.C.A.

En esa medida lo que busca la administración con la acción de lesividad, es debatir la legalidad de sus propias decisiones, para poner fin a una situación que considera irregular y en consecuencia, hacer cesar sus efectos.

³[...] *Ambas acciones (artículos 84 y 85 del C.C.A.) prevén la titularidad de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho en las expresiones “toda persona”, que en sentido amplio comprenden a las personas de derecho público, como se evidencia armónicamente del contenido del artículo 149 ibídem, que faculta a las entidades públicas y a las privadas que cumplan funciones públicas para que obren como demandantes o demandadas y para que interpongan las acciones previstas en el Código Contencioso Administrativo [...]* Sentencia Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. Consejero ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez. Bogotá D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010). Radicación número: 23001-23-31-000-2009-00049-01(1361-09). Actor: Departamento de Córdoba. Demandado: Departamento de Córdoba.

Ahora, la decisión de sí el acto administrativo contraviene o no la Constitución y la Ley, es precisamente el objeto de la acción de lesividad, la cual está en manos del Juez Contencioso Administrativo, quien puede avalar el mismo o declarar su nulidad. Siendo necesario entonces que se surta el proceso para que sea posible determinar la legalidad o no del acto cuestionado.

En conclusión: Por lo expuesto no prospera la excepción invocada, en tanto que, precisamente la acción de lesividad se instauró para que la justicia de lo Contencioso Administrativo sea quien defina la ilegalidad o no de los actos respecto de los cuales la administración pretende su anulación, por lo que es menester que dentro del proceso se realice el análisis jurídico respectivo.

(b) Caducidad. En primer término es importante precisar, que la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la acción de lesividad no tiene una naturaleza autónoma, lo que implica que para ejercerla se debe acudir a las acciones contenciosas de simple nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho⁴.

Cuando se ejerce la primera, esto es, cuando no se solicita el restablecimiento del derecho no es factible computar el término de caducidad. Por el contrario, cuando este sí se solicita la acción impetrada es la de nulidad y restablecimiento del derecho, luego el término de caducidad que se aplica es el contenido en el artículo 136 del C.C.A.⁵.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de dos mil quince (2015). Radicación número: 66001-23-31-000-2011-00429-01(2627-13). Actor: Municipio de Pereira. Demandado: María Eugenia Macías Rivera.

⁵ Todo lo anterior tiene su fundamento en la teoría de los móviles y finalidades que de tiempo atrás fue expuesta por el Consejo de Estado, y la cual permite diferenciar en qué casos la entidad ejerció una u otra acción de las mencionadas. Al respecto ha dicho la Corporación: “[...] Respecto de la procedencia de la acción de nulidad contra actos particulares y concretos la sentencia de agosto 10 de 1961, con ponencia de CARLOS GUSTAVO ARRIETA ALANDETE, estableció que solamente se podría demandar este tipo de actos mediante la acción de nulidad si: “...**los únicos motivos determinantes... son los de tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta contenida en esos estatutos superiores, y que sus finalidades son las de someter la administración pública al**

Ahora, el término de caducidad de la acción de lesividad es el de dos años contados a partir de la expedición de los actos administrativos conforme lo señala el numeral 7º del artículo mencionado. Lo anterior sin perjuicio de que se demande el reconocimiento o la negativa de una prestación periódica, caso en cual el acto administrativo puede ser acusado en cualquier tiempo de acuerdo a los postulados del numeral 2º ibídem⁶.

Para el caso concreto, la parte recurrente señala que las pretensiones primera y de la quinta a la décimo tercera no se refieren a prestaciones periódicas, por lo que respecto de éstas, se configuró la caducidad de la acción. En tal virtud procederá la Subsección al estudio de las mismas.

- **Caducidad de la acción alusiva a la solicitud de nulidad de la resolución núm. 1127 del 1º de diciembre de 1993.** Pues bien, la primera pretensión se refiere a la nulidad de la resolución mencionada y que fue expedida el 1º de diciembre de 1993 y notificada el día 3 del mismo mes y año, mediante la cual FONPRECON afilió a la señora Guerrero de Albornoz y se hizo cargo del pago de su pensión de jubilación (fls. 5 y 6).

La Subsección advierte que con este acto administrativo no se reconoce ninguna prestación periódica, pues la pensión de jubilación ya había sido otorgada desde el año 1969 por la Caja Nacional de Previsión Social a través de la resolución núm. 3221 del 10 de junio de esa anualidad (fls. 68 a 72).

imperio del derecho objetivo.”; y la consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto particular y concreto no conlleva un restablecimiento automático del derecho subjetivo [...].”

Esta posición ha sido reiterada en múltiples fallos de esta Corporación, entre los que se encuentran los siguientes: (i) Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 29 octubre de 1996, M.P. Daniel Suárez Hernández; (ii) Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 4 marzo de 2003, M.P. Manuel Santiago Urueta Ayola; (iii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, auto del 30 de agosto de 2007, Radicación Número: 13001-23-31-000-2004-01160-01, Actor: José Javier Barraza Gómez.

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. Consejera Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez. Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-25-000-2006-08199-01(2334-07). Actor: Fondo de Previsión Social del Congreso de la Republica. Demandado: Rafael Antonio Forero Castellanos.



Así las cosas, se configuró la caducidad de la acción con respecto a este acto administrativo, porque el mismo se expidió el día 1º de diciembre de 1993 (f. 5 reverso) y la demanda se presentó el 17 de noviembre del año 2006, lo que implica que se superó el término de dos años de que trata el numeral 7º del artículo 136 del C.C.A⁷.

Frente a este punto es importante señalar que este acto simplemente se limitó a ordenar la afiliación de la señora Maruja Guerrero de Albornoz por cuanto el Decreto 1359 de 1993 dispone que la entidad pensional del Congreso asume en su totalidad los pensionados Congresistas que estén a cargo de las diferentes entidades de previsión del orden nacional. En efecto, en este caso particular se observa que la resolución núm. 1127 de 1 de diciembre de 1993, ordenó la afiliación a la entidad pensional del Congreso de la demandada con la finalidad de decretar y ordenar el pago del reajuste especial según lo dispuesto en el artículo 17 de la norma en cita, es decir, no se observa que FONPRECON reconozca o niegue la prestación, sólo la asumió como entidad pagadora de la misma, para lo cual previamente debía efectuar la afiliación de la señora Guerrero de Albornoz.

Como consecuencia de lo anterior, no es procedente emitir pronunciamiento relacionado con las siguientes pretensiones por cuanto todas están ligadas a la afiliación: i) La número seis puesto que la misma está dirigida a que se declare que la señora Guerrero de Albornoz no tiene derecho a seguir afiliada a FONPRECON; ii) La número siete porque busca que esta entidad no asuma el pago de la mesada pensional por no tener la obligación de afiliar a la mencionada y iii) la número décimo tercera, en tanto se dirige a que se

⁷ La Sección ya cuenta con antecedentes sobre este tópico al resolver un caso similar al aquí estudiado. Ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección A. Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Bogotá, D.C., veinticinco (25) de noviembre dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00832-02(0916-10). Actor: Fondo de Previsión Social del Congreso de la Republica – FONPRECON. Demandado: Néstor Samuel Moreno Díaz.



ordene a la Caja Nacional de Previsión Social que asuma la afiliación de la señora Guerrero de Albornoz.

- Caducidad de la acción frente a la nulidad solicitada de la resolución núm. 1792 del 30 de diciembre de 1996 en la pretensión duodécima.

La Subsección encuentra que este acto administrativo reconoció el pago de intereses moratorios a favor de la señora Maruja Guerrero de Albornoz sobre el reajuste especial reconocido.

Se advierte que como en el acto no se hace el reconocimiento de una prestación de carácter periódico, el término de caducidad aplicable es el contenido en el artículo 136 numeral 7º del C.C.A., esto es, de dos años contados a partir del día siguiente al de su expedición.

En ese sentido, y como la resolución aludida fue expedida el día 30 de diciembre de 1996 y la demanda presentada el 17 de noviembre de 2006, es claro que operó el fenómeno de la caducidad.

- Caducidad de las pretensiones contenidas en los numerales octavo, noveno, décimo y undécimo de la demanda. Al respecto la Subsección advierte que estas pretensiones están relacionadas de manera directa con la declaratoria de nulidad de las resoluciones que reconocieron el reajuste especial de la mesada pensional de la señora Maruja Guerrero de Albornoz.

Por tanto, su objeto está íntimamente ligado a la suerte del reajuste de la prestación periódica cuya caducidad no puede ser computada porque es factible de ser demandada en cualquier tiempo al tenor de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 136 del C.C.A. En consecuencia no se configura la caducidad de la acción respecto de éstas.

En conclusión: Se declara la caducidad con respecto a: (i) La resolución núm. 1127 del 1º de diciembre de 1993; (ii) la resolución núm. 1792 del 30 de



diciembre de 1996 que reconoció los intereses moratorios plasmada en la pretensión duodécima y; (iii) de las pretensiones seis, siete y décimo tercera, por tener relación directa con la afiliación hecha por FONPRECON de la señora Guerrero de Albornoz.

En lo tocante a las pretensiones de los numerales octavo, noveno, decimo y undécimo de la demanda no se configuró la caducidad por referirse a una prestación periódica.

(c) No se conformó el Litis consorcio necesario por activa y por pasiva.

La señora Maruja Guerrero de Albornoz expuso que FONPRECON debió demandar solo el reintegro de la parte que esa entidad pagó y no solicitar la devolución de la totalidad de los pagos realizados a favor de la señora Guerrero de Albornoz. Pues si pretendía hacerlo, debió integrar debidamente el Litis consorcio necesario por activa, puesto que en la demanda señaló que la pensión de jubilación la pagaba mancomunadamente con la Caja Nacional de Previsión Social, la Caja de Previsión Social del Departamento de Nariño, la Caja de Previsión Social del Departamento de Cundinamarca y CAPRECOM.

Además porque en la pretensión décimo primera se solicitan condenas en contra de la Caja Nacional de Previsión Social pese a que la misma no está vinculada al proceso.

En primer lugar, debe decirse que existen dos clases de litisconsorcio: (i) el necesario y; (ii) el facultativo. El primero se da cuando existe pluralidad de sujetos que actúan en calidad de demandante (litisconsorcio por activa) o demandado (litisconsorcio por pasiva) que están vinculados por una relación jurídico sustancial, lo que implica que, por mandato legal, sea indispensable y obligatoria, la presencia dentro del litigio de todos y cada uno de ellos⁸.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil

En otras palabras, el litisconsorcio necesario se configura cuando el proceso versa sobre relaciones jurídicas que no es posible resolver sin la comparecencia de las personas que puedan afectarse o beneficiarse con la decisión o que hubieren intervenido en la formación de dichos actos⁹.

No conformar esta clase de litisconsorcio, impide que el proceso se desarrolle y en consecuencia es factible emitir una sentencia inhibitoria, puesto que cualquier decisión que se tome puede perjudicar o beneficiar a todos los sujetos sin la presencia de los mismos.

En el litisconsorcio facultativo por su parte, al proceso concurren varios sujetos libremente, ya sea como demandantes o demandados, no por una relación jurídica inescindible, sino porque deciden presentar el proceso en conjunto pese a que podían iniciarlo por separado. Aquí, el proceso puede seguir su curso normal y decidirse de fondo con presencia o no de los litisconsortes facultativos porque la sentencia no los perjudica ni los beneficia.

Dicho esto, la Subsección declarará impróspera la excepción propuesta por la señora Maruja Guerrero de Albornoz referente a la no conformación del litisconsorcio necesario, por cuanto en este caso es factible resolver la situación jurídica planteada, esto es, legalidad del reajuste especial reconocido por Fonprecon, sin la presencia de las demás entidades que concurren al pago de la mesada pensional, como entidades cuota partistas.

catorce (2014). Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00036-01(AC). Actor: Saúl Ortiz Barrera y Rosario Patiño Pérez. Demandado: Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión De Bucaramanga.
⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón. Bogotá, D.C., seis (06) de marzo de dos mil catorce (2014). Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00068-01(4201-13). Actor: Reynold Rodríguez Martínez. Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA-.

Por último, es cierto que existe la pretensión de ordenar a la Caja Nacional de Previsión Social que asuma la afiliación de la señora Guerrero de Albornoz, no obstante, respecto de esta pretensión se declaró la caducidad de la acción, lo que implica que no puede ser objeto de análisis de fondo y en esa medida no se afectaría la relación jurídica objeto de debate por la ausencia de tal entidad.

En conclusión: No era necesario integrar el contradictorio con la Caja Nacional de Previsión Social, la Caja de Previsión Social del Departamento de Nariño, la Caja de Previsión Social del Departamento de Cundinamarca y CAPRECOM por tanto no prospera la excepción.

(d) Inepta demanda. A su modo de ver se configuró porque en la demanda: (i) No se explicó en qué consiste la vulneración del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 conforme el artículo 137 numeral 4º del C.C.A.; (ii) no se indicó quién es la parte demandada (numeral 1º artículo 137 C.C.A) y; (iii) no existe coherencia entre los hechos y las pretensiones porque de la sexta a la décimo séptima se solicitan declaraciones que no están contenidas en ningún acto administrativo demandado.

Revisada la demanda se tiene que la parte demandante manifestó en el acápite de normas violadas y concepto de la violación que el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 distinguió entre la liquidación de la pensión de jubilación y el reajuste de la misma, para significar que la entidad no podía equiparar dichas situaciones. Se observa que también citó jurisprudencia al respecto (fls. 1354 y 135). En ese sentido la Subsección encuentra que sí se explicó en debida forma el concepto de violación.

En cuanto a que no se señaló quién es la parte demandada dentro del proceso, debe decirse que ostenta tal calidad la persona que eventualmente pueda afectarse de forma directa con la declaración de nulidad de los actos administrativos particulares y concretos demandados¹⁰. En este caso, la

¹⁰ “[...] Ahora bien, la parte demandada, en tratándose de una acción de lesividad, no puede ser la

titular del derecho es la señora Maruja Guerrero de Albornoz, quien fue citada e intervino en toda la etapa procesal. Luego sí se individualizó la parte demandada.

Con relación al otro punto alegado, esto es, la supuesta incoherencia entre los hechos y las pretensiones sexta hasta la décimo séptima, la Subsección advierte que las mismas se refieren al restablecimiento del derecho que busca la entidad, luego es lógico que no se encuentran dentro de los actos administrativos demandados pues dependen de la nulidad que eventualmente se declare respecto de éstos.

En conclusión: La demanda sí expuso las razones de vulneración del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, sí identificó a la demandada y no existe incoherencia entre los supuestos fácticos y las pretensiones. Por tanto no prospera la excepción.

Los demás argumentos de la apelación tocan el fondo de la controversia, por lo que la Sala pasará a realizar el respectivo análisis.

Problemas jurídicos

Los problemas jurídicos que se deben resolver en esta instancia, se resumen en la siguiente pregunta:

misma entidad accionante, sino las personas que eventualmente pudieren verse afectadas con la decisión a adoptar, por lo que, si se trata de una acción por acto administrativo expedido en interés particular, el demandado será la persona o personas a quienes este cobija [...]". Sentencia del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá, D.C, diecisiete (17) de febrero de dos mil quince (2015). Radicación número: 15001-23-33-000-2012-00018-01(3325-13). Actor: Lotería de Boyacá. Demandado: Personas indeterminadas - Coadyuvante parte demandada: José Hildebrando Rojas Jiménez.

1. ¿Cuál es el porcentaje con el que se debió reconocer el reajuste especial de la mesada pensional por parte de FONPRECON a favor de la señora Maruja Guerrero de Albornoz?

2. ¿El reajuste especial de la mesada pensional de la señora Maruja Guerrero de Albornoz efectuado por FONPRECON a través de los actos administrativos demandados constituye un derecho adquirido en favor ésta?

Con el fin de resolver el problema jurídico la Subsección abordará los siguientes temas: **(i)** Reajuste especial para los Congresistas de que trata el artículo 17 del Decreto 1359 de 1993; **(ii)** Existencia de derechos adquiridos y; **(iii)** caso concreto.

1. Reajuste Especial para los Congresistas de que trata el artículo 17 del Decreto 1359 de 1993.

El Congreso de la República expidió la Ley 4ª de 1992 con fundamento en las facultades otorgadas por los literales e) y f) del numeral 19 del artículo 150¹¹ de la Constitución Política de 1991.

La precitada Ley en el artículo 17, ordenó al Gobierno Nacional establecer un régimen de pensiones para los Congresistas, así como el reajuste y sustitución de las mismas, las cuales, indicó, no podían ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que devenguen los Congresistas. Señala la mencionada norma:

“[...] **Artículo 17.** El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los representantes y senadores. Aquellas y éstas no podrán ser

¹¹ Con ellas se otorgó competencia al legislador para dictar normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, entre los que incluyó a los miembros del Congreso de la República.

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]**¹².

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 [...]**”.

De esta manera, se expidió el Decreto 1359 de 1993 reglamentario de la Ley 4ª de 1992 por medio del cual se estableció el régimen especial de pensiones de los senadores y representantes a la cámara. El campo de aplicación de dicha normativa se señaló en el artículo 1º en los siguientes términos:

“[...] Artículo 1º. Ámbito de aplicación. El presente Decreto establece integralmente y de manera especial, el régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas, que en lo sucesivo **se aplicará a quienes a partir de la vigencia de la ley 4ª de 1992, tuvieron la calidad de Senador o Representante a la Cámara [...]**” (Subraya y negrilla fuera de texto).

La norma citada es clara en señalar que el régimen especial de pensiones de los miembros del Congreso de la República solo rige la situación de quien a la fecha de vigencia de la Ley 4ª de 1992 (18 de mayo de 1992)¹³ tuviera la calidad de Senador o Representante a la Cámara¹⁴.

¹² La Corte en sentencia **C-258 de 7 de mayo de 2013**. Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub declaró la inexequibilidad de las expresiones **“durante el último año”, “y por todo concepto”, “Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal”**, contenidas en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 por considerar que establecían un privilegio con respecto a los demás regímenes lo que vulneraba el principio de igualdad y no contribuía al financiamiento del sistema pensional. Así, ordenó para efectos de liquidar la pensión aplicar el artículo 21 y 36 de la Ley 100 de 1993.

¹³ La Ley 4ª de 1992, en su artículo 22 dispone que rige a partir de la fecha de su promulgación, que lo fue el 18 de mayo de 1992, en el Diario Oficial No. 40451.

¹⁴ En concordancia con el artículo 7º del mismo Decreto 1359 de 1993.

Lo anterior fue corroborado en el artículo 4° del mismo Decreto que fijó como requisito para acceder a dicho régimen pensional especial ostentar la calidad de Congresista, estar afiliado a la entidad pensional del Congreso y efectuar los correspondientes aportes¹⁵.

Ahora, de conformidad con los artículos 5° y 6° del Decreto 1359 de 1993, una vez cumplidos los requisitos para ser beneficiario de la pensión de jubilación, la misma se debe reconocer en cuantía equivalente al 75% del ingreso mensual promedio que devenguen los Congresistas en ejercicio.

El mismo Decreto estableció el régimen de reajuste pensional para los Senadores y Representantes a la Cámara. Así, en el artículo 16 señaló que dicha prestación se reajustará anualmente en forma inmediata y de oficio, con el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal mensual.

Por su parte, el artículo 17, modificado por el artículo 7° del Decreto 1293 de 1994, reguló el reajuste de la mesada pensional de los ex congresistas que se hubiesen pensionado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 (18 de mayo de 1992) en los siguientes términos:

“[...] ARTÍCULO 17. REAJUSTE ESPECIAL. Artículo modificado por el artículo 7 del Decreto 1293 de 1994. El nuevo texto es el siguiente:

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

¹⁵ Artículo 4° Decreto 1359 de 1993 literal a.



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 [...]” (Subraya y negrilla fuera de texto).

De acuerdo con la norma, el reajuste especial de la mesada pensional opera por una sola vez, es equivalente al 50% del promedio de las pensiones a que tendrían derecho los actuales congresistas y se estableció únicamente para los ex congresistas que se pensionaron antes de la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 (18 de mayo de dicho año).

La disposición también indica que a quienes ostenten la calidad de Congresistas con posterioridad al 18 de mayo de 1992, la liquidación del reajuste debe realizarse con base en el ingreso mensual promedio que devenguen los Congresistas en ejercicio a la fecha en que se otorgue la prestación y no podrá ser inferior al 75% conforme el artículo 5º del mismo Decreto.

Esta Corporación se ha pronunciado en varias ocasiones acerca de la diferenciación en la liquidación del reajuste pensional establecida para quienes se pensionaron como Congresistas antes de la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 y quienes en ejercicio de dicho cargo lo hicieron con posterioridad a ella.

Sobre el particular se ha dicho que no existe vulneración alguna del derecho a la igualdad, en tanto que la norma regula dos situaciones distintas a saber: (i) el porcentaje del 50% se le concede a quien fue congresista antes de la vigencia de la Ley 4ª de 1992 y cuyo derecho pensional se encuentra consolidado; y (ii) el porcentaje del 75% se concede a quien es Congresista



luego de la vigencia de dicha Ley y a quien no se le ha consolidado su derecho pensional¹⁶.

Así, en consideración a la diferencia de las situaciones se ha concluido que no puede pretender equipararse la de unos y otros con el propósito de reconocer el reajuste del 75% en todos los casos¹⁷.

En conclusión:

El Decreto 1359 de 1993 en el artículo 17 modificado por el artículo 7º del Decreto 1293 de 1994, reguló el reajuste de la mesada pensional de los ex congresistas que se hubiesen pensionado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 (18 de mayo de 1992).

Así, ordenó que el reajuste especial de la mesada pensional debía hacerse: (i) Por una sola vez; (ii) en un porcentaje equivalente al 50% del promedio de las pensiones a que tendrían derecho los actuales congresistas; (iii) se estableció únicamente para los ex congresistas que se pensionaron antes de la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 (18 de mayo de dicho año) y; (iv) el reajuste tiene efectos fiscales a partir del 1º de enero de 1994.

1.1. Caso concreto.

En el caso sub examine se acreditó lo siguiente:

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda - Subsección "A". Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Bogotá D.C., siete (07) de abril de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 25000-23-25-000-2006-08117-01 (3792-13). Actor: Fondo de Previsión Social del Congreso de la República - FONPRECON- Demandado: Margarita de Jesús Sánchez de Espeleta.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá D.C., seis (06) de mayo de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-25-000-2000-01200-01(0526-08). Actor: Fondo De Previsión Social del Congreso de La República – FONPRECON. Demandado: Carlos Alberto Pinedo Cuello.



- El señor Carlos Alberto Albornoz Rosas se desempeñó como Congresista desde el 20 de julio de 1943 hasta el 15 de junio de 1953 y, desde el año 1964 hasta 1967 según el certificado emitido por la Contraloría General de la República (fls. 46 a 48).
- Mediante la resolución núm. 3221 del 10 de junio de 1969 la Caja Nacional de Previsión Social reconoció la pensión de jubilación al mencionado en cuantía de \$8.270,30 con efectos fiscales a partir del 26 de junio de 1968 (fls. 68 a 72).
- En el mismo acto administrativo, la Caja Nacional de Previsión Social reconoció a favor de la señora Maruja Guerrero de Albornoz en su calidad de cónyuge y de sus hijos menores Carlos Salvador, Iván Eduardo, Roberto Hernán y Luis Alfredo Albornoz Guerrero el derecho a disfrutar en forma sustituta la pensión reconocida al Congresista Carlos Alberto Albornoz Rosas (f. 71).
- A través de la resolución núm. 1127 de 1º de diciembre de 1993 FONPRECON ordenó la afiliación a la entidad pensional del Congreso de la señora Maruja Guerrero de Albornoz (f. 5).
- Seguidamente FONPRECON expidió la resolución núm. 1128 de 1º de diciembre de 1993 con la cual reconoció el reajuste especial en su mesada pensional en un porcentaje equivalente al 50% del ingreso mensual promedio que devengaba para la época un Congresista (fls. 7 a 11).
- El anterior acto fue revocado mediante la resolución núm. 1644 de 30 de diciembre 1994. En la misma se reconoció el mentado reajuste pero en un porcentaje del 75% del promedio que devengaba un Congresista para el año 1994, con vigencia fiscal a partir del 1º de enero del mismo año (fls. 12 a 17).
- Posteriormente, el Fondo expidió la resolución núm. 0451 de 11 de abril de 1996 mediante la cual otorgó el reajuste especial en cuantía del 75% a favor



de la señora Guerrero de Albornoz partir del 1º de enero de 1992 (fls. 18 a 21).

- Por último FONPRECON a través de la resolución núm. 1792 del 30 de diciembre de 1996 reconoció el pago de los intereses de mora por el reajuste especial en cuantía de \$123.268.457,57 (fls. 22 a 26).

Así las cosas, se evidencia que el señor Carlos Alberto Albornoz Rosas se desempeñó como Congresista y adquirió el derecho pensional con anterioridad al 18 de mayo de 1992 fecha de entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992.

En ese orden de ideas, el reajuste especial de la mesada pensional a que tenía derecho la señora Maruja Guerrero de Albornoz como sustituta del derecho pensional, era el consagrado en el artículo 17 del Decreto 1359 de 1993 para los ex congresistas.

Ello implica que debía ser reconocido por una sola vez, en un porcentaje equivalente al 50% del promedio de las pensiones a que tendrían derecho los actuales congresistas y con efectos fiscales a partir del 1º de enero de 1994.

De acuerdo a lo enunciado, es claro que las resoluciones 1644 de 30 de diciembre de 1994 y 0451 de 11 de abril de 1996 que ordenaron los reajustes especiales en cuantía del 75% desconocieron el contenido del artículo 17 del Decreto 1359 de 1993 y en consecuencia deben ser anulados.

Adicionalmente se evidenció que la resolución núm. 0451 de 11 de abril de 1996 otorgó efectos al reconocimiento desde el 1º de enero de 1992, pese a que la norma consagró de manera expresa que el reajuste especial surtía efectos desde el 1º de enero de 1994.



En conclusión: La resolución núm. 1644 de 30 de diciembre 1994 está viciada de nulidad al reconocer el reajuste especial en un porcentaje superior al 50% establecido en el artículo 17 del Decreto 1359 de 1993.

Lo mismo se predica de la resolución núm. 0451 de 11 de abril de 1996, la cual adicionalmente está viciada de nulidad porque otorgó el reajuste desde el 1º de enero de 1992, pese a que la norma señalaba que sus efectos se darían desde el 1º de enero de 1994.

2. Segundo problema jurídico: Existencia de derechos adquiridos.

El artículo 58 de la Constitución Política con relación a los derechos adquiridos consagra:

“[...] ARTICULO 58. Modificado por el art. 1, Acto Legislativo No. 01 de 1999. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social [...]”.

Tal como lo dispone la norma, los derechos adquiridos son aquellas situaciones individuales y subjetivas que se crearon y definieron bajo el imperio de una Ley y con respeto de los postulados de la misma.

Esta circunstancia otorga en favor de sus titulares un derecho particular que no puede ser vulnerado con la expedición de Leyes posteriores¹⁸. Al respecto la Corte constitucional los ha definido como¹⁹:

“[...] De conformidad con la jurisprudencia constitucional, los derechos adquiridos son aquellos que han ingresado definitivamente en el patrimonio de la persona. **Así, el derecho se ha adquirido cuando las hipótesis descritas en la ley se cumplen en cabeza de quien reclama el derecho, es decir, cuando las premisas legales se configuran plenamente.** De acuerdo con esta noción, las situaciones jurídicas no consolidadas, es decir, aquellas en que los supuestos fácticos para la adquisición del derecho no se han realizado, no constituyen derechos adquiridos sino meras expectativas [...]”

Así las cosas, para que se pueda predicar la existencia de un derecho adquirido deben cumplirse los siguientes supuestos: (i) las circunstancias específicas de la situación deben encajar dentro de los postulados legales que crean el derecho y; (ii) se requiere que el mismo haya ingresado al patrimonio de quien es su titular. Sobre el particular el Consejo de Estado señaló²⁰:

“[...] Tanto la jurisprudencia como la doctrina han sido coincidentes en sostener que los derechos adquiridos se originan en la consolidación de una situación jurídica originada ***bajo el amparo de una ley que la regula***, vale decir que si se concretaron los supuestos normativos por haberse verificado su cumplimiento independientemente de que la consecuencia que se deriva de ello se materialice posteriormente, aquéllos ingresan definitivamente al patrimonio

¹⁸ Sentencia C-249 de 2002.

¹⁹ Sentencia C-314 de 2004.

²⁰ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejera Ponente: María Inés Ortiz Barbosa. Bogotá, D.C., junio veinticinco (25) de dos mil dos (2002). Radicación número: 11001-03-15-000-1999-0439-01(S-439). Actor: Yuvanny Annelice Cifuentes Varón. Demandado: Departamento del Tolima.



del titular y por ende quien los otorgó no los puede quitar sin vulnerarlos.

Por una parte, de la anterior descripción debe destacarse que la expresión “con arreglo a las leyes” tiene relación directa con el concepto de justo título, esto es, que solo pueden tener la entidad suficiente para ofrecer la garantía que se comenta, los actos que respetan el ordenamiento jurídico. De suerte que el fallador debe determinar si el acto goza de legitimidad para favorecer al titular del derecho y que de esta manera lo ampare la intangibilidad en caso de variar las condiciones que existían cuando se originó aquél [...]” (Subraya y negrilla fuera de texto).

De esta manera, no es posible hablar de derechos adquiridos cuando los mismos ingresan al patrimonio de la persona sin cumplir el postulado del artículo 58 de la Constitución Política y sin respeto por las disposiciones legales, puesto que éstas son las que sustentan su protección.

2.1 Caso concreto:

La señora Maruja Guerrero de Albornoz aseguró que el reajuste se otorgó con fundamento en la interpretación que hiciera la Corte Constitucional del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 en las sentencias T-456 de 1994 y T-463 de 1995 y por tanto constituye un derecho adquirido.

Pues bien, dentro del proceso quedó demostrado que las resoluciones números 1644 de 30 de diciembre 1994 y núm. 0451 de 11 de abril de 1996 que reconocieron el reajuste especial en favor de la señora Guerrero de Albornoz se profirieron con desconocimiento del contenido del artículo 17 del Decreto 1359 de 1993.

De esta manera, no es factible considerar la existencia de un derecho adquirido, puesto que el origen del reconocimiento del mismo es ilegal y en



esa medida, no se adquirió el beneficio de acuerdo a los postulados del artículo 58 constitucional.

2.2 Nuevos argumentos en el escrito de alegatos de conclusión.

Finalmente, la señora Guerrero de Albornoz en el escrito de alegatos de conclusión de segunda instancia, solicitó aplicar la excepción de inconstitucionalidad en relación con el artículo 7º del Decreto 1293 de 1994, porque a su juicio, disminuyó el reajuste del 75% al 50%, lo que contradice el inciso 2º del artículo 1º del acto legislativo 01 de 2005 vigente al momento de instaurar la demanda.

Al respecto la Subsección no emitirá pronunciamiento alguno, toda vez que dicho argumento no fue planteado en la contestación de la demanda, lo que implica que el Tribunal en primera instancia no tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre él, ni FONPRECON de refutarlo. Advierte la Sala que el recurso de apelación tampoco lo contiene en ninguna de sus partes, lo que de entrada impidió también al Fondo referirse al mismo en esta instancia.

Debe tenerse en cuenta que los alegatos de conclusión no son otra etapa procesal que permita extender el término legal señalado para la interposición y sustentación del recurso de apelación, de manera que no puede ser utilizada para sanear omisiones o deficiencias del recurso²¹.

²¹ Al respecto ver las siguientes sentencias: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez (E). Bogotá D. C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil trece (2013). Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00186-00(0645-11). Actor: Juan Carlos Galeano Velasco. Demandado: Procuraduría General de La Nación.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera Ponente: Ligia López Díaz. Bogotá, D.C., quince (15) de febrero de dos mil siete (2007). Radicación número: 41001-23-31-000-1999-01139-01(15107). Actor: Alcanos del Huila S.A. E.S.P. Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Referencia: Impuestos Nacionales.



En ese sentido, analizar o resolver los nuevos cargos planteados en el escrito de alegatos, va en contravía del derecho de defensa de la otra parte, quien no tendría la oportunidad para controvertir la nueva censura formulada.

Por tal razón, no se estudiará lo referente a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.

Por último no se ordenará devolución de suma alguna de dinero por parte de la señora Maruja Guerrero de Albornoz, en tanto que no se demostró que hubiese actuado con mala fe para obtener el reconocimiento pensional.

2. Decisión de segunda instancia

En virtud de lo anterior, la Subsección “A” revocará parcialmente el numeral primero y el numeral segundo de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “F” en Descongestión el día 11 de noviembre de 2011 y aclarará el numeral tercero de la misma providencia.

Así las cosas, el numeral primero quedará así:

“Primero: Declarar probada la excepción de caducidad de: (i) La resolución núm. 1127 del 1º de diciembre de 1993; (ii) la resolución núm. 1792 del 30 de diciembre de 1996 que reconoció los intereses moratorios plasmada en la pretensión duodécima y; (iii) de las pretensiones seis, siete y décimo tercera, por tener relación directa con la afiliación que efectuó FONPRECON a la señora Guerrero de Albornoz.



Declarar que en lo que respecta a las pretensiones de los numerales octavo, noveno, decimo y undécimo de la demanda no se configuró la caducidad por referirse a una prestación periódica.

Declarar no probadas las demás excepciones propuestas conforme la parte motiva de esta providencia”

El numeral segundo quedará así:

“Segundo: Declarar la nulidad de las resoluciones números 1644 del 30 de diciembre de 1994 y 0451 del 11 de abril de 1996 expedidas por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.”

El numeral tercero quedará así:

“Tercero: Se ordena a FONPRECON reliquidar el reajuste especial de que trata el artículo 17 del Decreto 1359 de 1993 en cuantía no superior al 50% del promedio de las pensiones a que tendrían derecho los congresistas para la época en que profirieron los actos administrativos anulados.”

Se confirmará en lo demás la sentencia apelada.

Condena en costas

Toda vez que el artículo 55 de la ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de condena en costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna procedió de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

Reconocimiento de personería



Se reconocerá personería al doctor Cesar Enrique Sierra Lesmes portador de la tarjeta profesional núm. 108.429 del C.S. de la J como apoderado del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, en los términos y para los efectos del poder conferido a folio 764 del expediente.

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

FALLA

Primero: Revocar parcialmente el numeral primero de la sentencia de primera instancia, el cual quedará así:

“Primero: Declarar probada la excepción de caducidad de: (i) La resolución núm. 1127 del 1º de diciembre de 1993; (ii) la resolución núm. 1792 del 30 de diciembre de 1996 que reconoció los intereses moratorios plasmada en la pretensión duodécima y; (iii) de las pretensiones seis, siete y décimo tercera, por tener relación directa con la afiliación que efectuó FONPRECON a la señora Guerrero de Albornoz.

Declarar que en lo que respecta a las pretensiones de los numerales octavo, noveno, decimo y undécimo de la demanda no se configuró la caducidad por referirse a una prestación periódica.

Declarar no probadas las demás excepciones propuestas conforme la parte motiva de esta providencia”



Segundo: Revocar parcialmente el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, el cual quedará así:

“**Segundo:** Declarar la nulidad de las resoluciones números 1644 del 30 de diciembre de 1994 y 0451 del 11 de abril de 1996 expedidas por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.”

Tercero: Modificar el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, el cual quedará así:

“**Tercero:** Se ordena a FONPRECON reliquidar el reajuste especial de que trata el artículo 17 del Decreto 1359 de 1993 en cuantía no superior al 50% del promedio de las pensiones a que tendrían derecho los congresistas para la época en que profirieron los actos administrativos anulados.”

Cuarto: En lo demás se confirma la providencia apelada.

Quinto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Sexto: Reconocer personería al doctor Cesar Enrique Sierra Lesmes portador de la tarjeta profesional núm. 108.429 del C.S. de la J como apoderado del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, en los términos y para los efectos del poder conferido a folio 764 del expediente.

Notifíquese y cúmplase

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



WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO