



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”

CONSEJERO PONENTE: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016).

Expediente: 25000-23-25-000-2007-00584-01
Referencia: 1718-2008

Actor: JAIME ERNESTO CANAL ALBAN

**Demandado: FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL
CONGRESO DE LA REPÚBLICA –FONPRECON**

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 27 de marzo de 2008, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C negó las pretensiones de la demanda presentada por el señor Jaime Ernesto Canal Alban contra el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, en adelante Fonprecon.



ANTECEDENTES

El señor Jaime Ernesto Canal Alban, a través de apoderado, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicita la nulidad de los actos administrativos dictados por Fonprecon, contenidos en las Resoluciones No. 2398 del 18 de diciembre de 2006, que le negó el reconocimiento de la pensión de jubilación como Representante a la Cámara, conforme al régimen especial para congresistas, y No. 0023 del 12 de enero de 2007, que al resolver el recurso de reposición, confirmó la decisión de negar el reconocimiento pensional.

Solicitó igualmente que se declare la invalidez de la afiliación realizada por el actor al fondo privado de pensiones SKANDIA, el mes de diciembre de 2003, que en consecuencia los aportes realizados éste se entiendan hechos al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.

Como consecuencia de tal declaración y a título de restablecimiento del derecho, pide que se ordene a la entidad demandada, reconocer, liquidar y pagar la pensión de jubilación del actor, desde el 20 de julio de 2006, cuando se retiró del servicio, teniendo en cuenta el 75% del ingreso mensual promedio de lo devengado por todo concepto durante el último año de servicios, como Representante a la Cámara.

Así mismo solicita que la condena se ajuste conforme al IPC en aplicación del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, que se ordene el pago de los



intereses moratorios y que la sentencia se cumpla en los términos establecidos en el artículo 178 del CCA.

Los hechos de la demanda se resumen así:

Indica que el señor Jaime Ernesto Canal Alban prestó sus servicios al Ejército Nacional durante 35 años, 4 meses y 18 días, donde alcanzó el grado de Brigadier General de la República

Señala que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares del Ministerio de Defensa Nacional, le reconoció al actor, una asignación de retiro.

Explica que el demandante fue elegido Representante a la Cámara por el Departamento del Valle del Cauca, para el período constitucional del 20 de julio de 2002 al 19 de julio de 2006.

Anota que al momento de tomar posesión del cargo de congresista, se afilió al fondo de pensiones privado SKANDIA, que pertenece al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Agrega que en el mes de septiembre de 2002 se trasladó al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.



Adiciona que nuevamente se trasladó a SKANDIA del mes de octubre de 2002 a enero de 2003.

Explica que como el 29 de enero de 2003 entró en vigencia la Ley 797 de 2003, (que modificó el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993) y permitía a los afiliados escoger el régimen pensional, entonces el actor optó por *“regresarse al de prima media con prestación definida a cargo del FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, en donde permanece hasta el 30 de noviembre del 2003; esto es, permanece luego de haber hecho la escogencia del régimen de pensiones de su preferencia por espacio de 10 meses”* (fl. 14).

Agrega que *“de nuevo y por desinformación”* se traslada nuevamente al régimen de ahorro individual con solidaridad, fondo de pensiones privado SKANDIA, de diciembre de 2003 hasta el 30 de mayo de 2006.

Anota que fue inducido en un error y que Fonprecon incurrió en una irregularidad al permitir que sin haber cumplido los 5 años que debía permanecer allí se trasladara nuevamente a SKANDIA en el mes de diciembre de 2003, por esta razón solicita ante la jurisdicción que sus aportes por pensión se hagan a Fonprecon como lo había escogido en febrero de 2003, amparado en el período de gracia previsto en la Ley 797 de 2003.



Expresa que el actor presentó el 18 de septiembre de 2006, la solicitud de reconocimiento pensional *“pidiendo se tuviera en cuenta no solo el período servido en el Congreso de la República, sino el tiempo servido en el Ejército Nacional”* (fl. 14).

Manifiesta que según la Resolución No. 2976 del 13 de septiembre de 2006, cuando Fonprecon le otorgue la pensión de jubilación demandada, se extingue la asignación de retiro reconocida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Expresa que la entidad accionada a través de la Resolución No. 2398 del 18 de diciembre de 2006, le negó el reconocimiento de la pensión de jubilación basándose en que, el 19 de julio de 2002, el actor se trasladó a un fondo de pensiones privado, SKANDIA, en el que debía permanecer 3 años.

Agrega que contra este acto administrativo presentó recurso de reposición que fue resuelto mediante la Resolución No. 0023 del 12 de enero de 2007, que confirmó la decisión de negar el reconocimiento pensional, dado que el demandante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, el 1 de diciembre de 2003, es decir, antes del 29 de enero de 2004, fecha anterior al vencimiento del período de gracia que otorgó la Ley 797 de 2003, de modo que estaba obligado a permanecer en ese régimen por lo menos 5 años, hecho que torna en inválido el traslado que realizó al régimen de prima media con prestación definida, del 1 de junio al 19 de julio de 2006.



Explica que en la Resolución No. 0023 del 12 de enero de 2007 se concluye que al ser inválido el traslado que efectuó el actor al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, no era procedente estudiar la solicitud de reconocimiento pensional.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se citaron como normas vulneradas las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 2, 29, 48, 49, 53, 58 y 230.

De la Ley 19 de 1987, el artículo 1.

La Ley 4 de 1992.

La Ley 100 de 1993.

De la Ley 797 de 2003, el artículo 2.

El Decreto 1359 de 1993.

El Decreto 1293 de 1994.

Al explicar el concepto de violación en la demanda, se precisa que la entidad accionada desconoció la prohibición prevista en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, pues permitió que los aportes a pensión del actor se realizaran a un fondo privado, para así poder después negar la reclamación de la pensión de jubilación.



Señala que los actos demandados interpretan de forma equivocada el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 al exponer que entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2004, el actor “hizo dos elecciones de régimen y por tanto tenía que permanecer en el último de éstos, es decir, en el de ahorro individual con solidaridad.” (fl. 19).

Aduce que la norma precitada indica que el afiliado tenía un año para conocer la norma y decidirse por uno de los dos regímenes de pensión y que una vez efectuada la selección inicial solo podía trasladarse 5 años después. En criterio del actor, la entidad demandada da un entendimiento diferente a la ley pues “clara fue la ley en la concesión del periodo de gracia para elegir el régimen pensional a conveniencia del cotizante y también fue clara en decir que hecha la elección inicial, allí debería permanecer el trabajador por un período no inferior a 5 años” (fl. 19).

Indica que debido a la falta de información del actor y con la *anuencia* del fondo, éste volvió a trasladarse al fondo privado SKANDIA, en el mes de diciembre de 2003, pero que este traslado no puede considerarse válido, toda vez, que el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 ordenó claramente que a partir de la elección inicial, solo era posible trasladarse de régimen pasados 5 años. Agrega que la entidad quiso corregir su error al aceptar que el demandante nuevamente se trasladara a Fonprecon en junio de 2006, respetando la elección inicial del actor.

Manifiesta que los aportes realizados el fondo privado desde el mes de diciembre de 2003 deben entenderse hechos a Fonprecon.



Anota que la decisión de la entidad accionada de negar la pensión solicitada por el actor conforme al “régimen especial establecido para congresistas le ha vulnerado el derecho fundamental al debido proceso y a la igualdad” (fl. 20).

Advierte que al actor en su condición de congresista, se le debe aplicar el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 que contempla un monto de la pensión del 75% del ingreso mensual promedio del último año de servicios. Agrega que igualmente es beneficiario del Decreto 1359 de 1993 que desarrolla el artículo 17 *ídem* el que *“exige que para que sea aplicable este régimen especial, el congresista se encuentre dentro de los preceptos del artículo 1º del parágrafo 2º de la Ley 19 de 1987, los Congresistas que al momento de su elección estén disfrutando de una pensión decretada por cual entidad en orden nacional o territorial”* (fl. 15).

Expone que es beneficiario del régimen de transición, toda vez que al 1º de abril de 1994 cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993, contaba con más de 40 años de edad y más de 15 años de servicios. Detalla que prestó sus servicios al ejército nacional durante 35 años y al Congreso de la República por 4 años, y que cuenta con más de 55 años de edad.

Anota que la normatividad que se le aplica al actor por encontrarse en el régimen de transición, es el Decreto 1293 de 1994, que en el artículo 2 dispone que los congresistas tienen derecho a los beneficios del régimen de transición previsto en el



artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siempre que a 1º de abril de 1994, en caso de los hombres tuvieran más de 40 años o haber cotizado durante 15 años o más.

Indica que según el artículo 1º de la Ley 19 de 1987, quien ya tenga una pensión de jubilación reconocida con anterioridad y que siendo elegido congresista deba renunciar a aquella, la podrá *“seguir percibiendo del fondo de previsión social del congreso con derecho al respectivo reajuste, una vez se suspendan o cesen en el ejercicio de sus funciones, pero el nuevo lapso de su vinculación al congreso y de aporte el fondo, no podrá ser inferior a un (1) año, en forma continua o discontinua”* (fl. 16).

Señala que en las resoluciones demandadas se certifica que el actor cotizó en Fonprecon, en septiembre de 2002, de febrero a noviembre de 2003 y de junio al 19 de julio de 2006, por lo cual concluye que sus aportes sobrepasan los 12 meses y 19 días, y que cumple con las condiciones establecidas por la Ley 19 de 1987.

CONTESTACIÓN

El Fondo de Previsión Social del Congreso de la República se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes razonamientos (fls. 44 a 49):



Expuso que el actor realizó cotizaciones a Fonprecon, en septiembre del año 2002, de febrero a noviembre de 2003 y de junio al 19 de julio de 2006, sin embargo por este hecho, Fonprecon no está obligado a reconocerle una pensión, pues el señor Canal Alban de manera libre escogió el régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por el fondo privado SKANDIA.

Consideró que el fondo no puede desconocer una norma que es clara en señalar el tiempo mínimo de permanencia en un régimen, pues donde el legislador no distingue, el intérprete tampoco lo puede hacer.

Resaltó que el demandante debe acreditar que si bien se afilió, el 19 de julio de 2002 a SKANDIA, en el régimen de ahorro individual con solidaridad, es Fonprecon quien tiene la obligación de reconocerle la pensión.

Adujo que el accionante al afiliarse, el 19 de julio de 2002 a SKANDIA escogió el régimen de ahorro individual con solidaridad, en el que debía permanecer un tiempo mínimo de tres años, como lo ordenaba el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Afirmó que el actor al trasladarse al régimen de prima media con prestación definida, el 1 de febrero de 2003 y devolverse nuevamente al RAIS, el 1 de diciembre de 2003, debía permanecer en éste por lo menos 5 años, en aplicación de la Ley 797 de 2003.



Anotó que aunque el demandante se haya trasladado nuevamente al régimen de prima media con prestación definida, del 1º de julio al 19 de julio de 2006, este traslado no tiene validez, dado que el señor Canal Alban no permaneció el tiempo mínimo que la ley requiere para cambiarse de régimen.

Resaltó que frente a la invalidez del traslado al régimen de prima media con prestación definida, el actor no está afiliado a Fonprecon, siendo improcedente su solicitud de reconocimiento pensional.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección Segunda, Subsección C, en sentencia del 27 de marzo de 2008, negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes razones (fls. 209 a 227):

Consideró que el Presidente de la República en cumplimiento del artículo 273 de la Ley 100 de 1993, expidió el Decreto 691 de 1994, que incorporó a los congresistas al Sistema General de Pensiones, respetando sus derechos adquiridos con fundamento en normas anteriores.



Precisó que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (declarado exequible por la Corte Constitucional en las sentencias C-410/93, C126/95 y C-168/95) prevé un régimen de transición, que en caso del actor al tener más de 40 años, al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, le permite beneficiarse de la normatividad anterior que le era aplicable.

Explicó sobre el régimen pensional de los congresistas, anterior a la vigencia de la Ley 100 de 1993, que el Congreso expidió la Ley 4 de 1992 que en su artículo 17 indicó que el Gobierno Nacional “establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los representantes y senadores. Aquellas y estas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el congresista (...)” (fl. 112).

Destacó que el régimen especial de congresistas previsto en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 se aplica para quienes tenían esa calidad a 1º de abril de 1994.

Advirtió que el Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley 4 de 1992, expidió el Decreto 1359 de 1993 que creó el régimen especial de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas, para los congresistas, que se aplica para quienes a partir de la vigencia de la Ley 4 de 1992 tuvieran la calidad de congresista.

Aclaró que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el régimen especial de congresistas, solo se aplica “a quienes eran congresistas a 1º de abril de 1994, o habiendo sido congresistas antes de esa fecha, fueren reelegidos, o estuvieren



disfrutando de pensión como congresistas para quienes se previó un reajuste especial de su pensión “(fl. 113).

Resaltó que el Decreto 1359 de 1993 no se aplica a quienes no tenían la calidad de congresista a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1 de abril de 1994.

Advirtió que el señor Canal Alban no era congresista antes de la entrada en vigencia de las Leyes 4 de 1992 y 100 de 1993, y que fue elegido Representante a la Cámara por el Departamento del Valle, para el período 2002-2006. Relató que el actor antes del 1 de abril de 1994, era miembro de las fuerzas armadas y que allí obtuvo una asignación de retiro, la cual no se puede reajustar por servicios prestados a otras entidades de derecho público.

Consideró que el actor cuando entró en vigencia, la Ley 100 de 1993, estaba afiliado al régimen especial de la fuerza pública “régimen distinto a este que ahora reclama y sobre el que no alcanzó a consolidar derechos adquiridos, puesto que no los tenía” (fl. 114).

Expuso que para desarrollar la Ley 4 de 1992, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 1293 de 1994, el cual estableció que la Ley 100 de 1993 se aplica a los Senadores, Representantes a la Cámara, empleados del Congreso y del Fondo de Previsión Social del Congreso, salvo a quienes bajo el cumplimiento de unas condiciones se pueden beneficiar del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.



Anotó que este régimen de transición es exclusivo para los congresistas, de modo que no puede extenderse a quienes adquirieron esa calidad después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Señaló citando la jurisprudencia del Consejo de Estado que “Así entonces, cuando el decreto considera [Dec. 1293 de 1994] que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es aplicable también a quienes se hubieran desempeñado como senadores o representantes; lo que está precaviendo es que quienes tuvieran regímenes pensionales especiales se mantendrían en ellos” (fls. 115 a 116).

Expresó que como el demandante, al 1º de abril de 1994, era beneficiario del régimen especial de la Fuerza Pública, previsto en el Decreto 1211 de 1990, aunque esté cobijado por el régimen de transición no se le aplica el régimen especial de congresistas regulado en el Decreto 1359 de 1993, como quiera que el accionante adquirió la calidad de congresista en el año 2002.

Determinó que al no asistirle la razón al actor respecto de la pretensión principal, era innecesario pronunciarse sobre la afiliación al fondo privado SKANDIA, ente que no fue llamado al proceso y que en todo caso, esta pretensión le es desfavorable “si se tiene en cuenta que ante la administradora privada, los herederos pueden acceder al retiro de los saldos de los ahorros por concepto de cotizaciones” (fls. 118 a 119).

EL RECURSO DE APELACIÓN



La parte demandante interpuso recurso de apelación contra el anterior fallo, con fundamento en los argumentos que se resumen a continuación (fls. 138 a 142):

Alega que la sentencia impugnada reconoce al actor como beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, en consecuencia considera que su afiliación a Fonprecon debe tenerse como válida desde el 1 de febrero de 2003 hasta el 19 de julio de 2006 y que esta entidad le debe reconocer la pensión de jubilación de congresista.

Indica que difiere de la conclusión a la cual llegó el Tribunal, por considerar que como el actor no estaba vinculado como congresista, el 1º de abril de 1994, en consecuencia no le era aplicable el régimen de congresista, tesis que en criterio del recurrente desconoce el principio de favorabilidad, en el sentido que cuando existe más de una norma aplicable a un caso, se debe preferir la más favorable para el trabajador.

Precisa que el actor para el 1º de abril de 1994, era militar en el ejército nacional, había cumplido más de 40 años y tenía más de 15 años de servicios, acreditando los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición. Agrega que al haberse desempeñado como Representante a la Cámara del 2002 al 2006 y toda vez que cotizó durante más de un año a Fonprecon, tiene derecho a optar por la pensión más favorable que es la de congresistas, frente a la asignación de retiro que ya le había sido reconocida.

Anota que el accionante está cobijado por dos regímenes pensionales, uno como ex miembro de las fuerzas militares y otro, el de los congresistas, al que accede en



virtud del régimen de transición, para lo cual invoca, el Decreto 1359 de 1993, el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, el artículo 1 del parágrafo 2 de la Ley 19 de 1987 y el artículo 2 del Decreto 1293 de 1992.

Resalta que la entidad demandada al negar el reconocimiento pensional, no consideró que el actor tenía que haberse desempeñado como congresista al 1º de abril de 1994, sino que centró su decisión en que se encontraba afiliado a un fondo privado de pensiones.

Explica que el demandante por haber cotizado durante más de 1 año a Fonprecon cumple lo exigido por la Ley 19 de 1987.

MINISTERIO PÚBLICO

Mediante auto del 15 de septiembre de 2008 se corrió traslado al Ministerio Público para que alegara de conclusión y éste guardó silencio (fl. 146).

ALEGATOS DE CONCLUSION¹

Parte demandada

El Fondo de Pensiones del Congreso de la República manifiesta que el actor se afilió a SKANDIA el 19 de julio de 2002, debiendo permanecer allí por lo menos 3

¹ La parte demandante no se pronunció.



años, sin embargo el 1 de febrero de 2003 se trasladó nuevamente al régimen de prima media con prestación definida y devolviéndose al RAIS el 1 de diciembre de 2003.

Explica que en virtud de lo anterior, Fonprecon no puede acceder al reconocimiento de la pensión solicitada por el actor. Al respecto cita apartes de la sentencia impugnada, en concreto resalta que el Decreto 1359 de 1993 no puede aplicarse al demandante pues no se desempeñó como congresista antes del 1 de abril de 1994, fecha de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, ni antes de la vigencia de la Ley 4 de 1992, visto que fue elegido como Representante a la Cámara para el periodo del 2002 al 2006.

Indicó que si bien el actor es beneficiario del régimen de transición, no se le puede aplicar el Decreto 1359 de 1993, toda vez que la calidad de congresista la adquirió hasta el año 2002.

CONSIDERACIONES

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

1. Problema jurídico.

La Sala establecerá si ¿El actor al haber sido Representante a la Cámara por el periodo 2002 a 2006 tiene derecho a beneficiarse del régimen especial de congresistas, contenido en el Decreto 1359 de 1993, por vía del régimen de transición, según lo dispuesto en el Decreto 1293 de 1994?



2. Hechos probados.

2.1 El señor Jaime Ernesto Canal Alban prestó sus servicios al Ejército Nacional durante 35 años, 4 meses y 18 días, del 15 de septiembre de 1965 hasta el 3 de noviembre de 2000 (fl. 4 anexo).

2.2 Mediante la Resolución No. 0123 del 22 de enero de 2001, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció al actor una asignación de retiro (fl. 5 anexo).

2.3 A través de la Resolución No. 2976 del 13 de septiembre de 2006, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares resolvió que a partir de la fecha en que se le fuera reconocida al demandante, la pensión de jubilación por parte del Congreso de la República, se extinguiría el derecho y pago de la asignación de retiro que percibe el actor (fl. 5 anexo).

2.4 El demandante fue elegido Representante a la Cámara por el Departamento del Valle del Cauca para el periodo constitucional del 2002 al 2006, como consta en la certificación expedida por el Asesor II de la Secretaría General de la Cámara de Representantes (fl. 6).

2.5 El señor Canal Alban cotizó en el régimen de prima media con prestación definida al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República –Fonprecon, durante los siguientes tiempos, como consta en la certificación del 4 de octubre de 2006, proferida por el Jefe Sección de Tesorería del citado fondo:

“JAIME ERNESTO CANAL ALBAN



Información existente en el sistema:

AÑO 2002: Septiembre

AÑO 2003: Febrero a Noviembre

AÑO 2006: Junio y Julio (en el mes de julio cotizó únicamente 19 días)".
(Folio 126 anexo).

2.6 En la liquidación de prestaciones que obra a folio 128 del anexo, constan los traslados entre el RAIS² y el RPMPD³ que realizó el actor:

Entidad	Ingreso	Egreso
Fdo Skandia	07/20/2002	08/30/2002
Fonpreco (sic)	09/01/2002	12/30/2002
Fdo Skandia	01/01/2003	01/30/2003
Fonpreco (sic)	02/01/2003	11/30/2003
Fdo Skandia	12/01/2003	05/30/2006
Fonpreco (sic)	06/01/2006	07/19/2006

2.7 Mediante petición del 18 de septiembre de 2006, el actor solicitó ante Fonprecon el reconocimiento de la pensión de jubilación (fl. 2).

3. Actos administrativos demandados

3.1 La Resolución No. 2398 de 18 de diciembre de 2006 proferida por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República mediante la que se niega al actor la pensión de jubilación, al señalar:

² Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

³ Régimen de prima media con prestación definida.

“Que el señor CANAL ALBAN escogió el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad cambiándose el 01 de febrero de 2003 al de Prima Media con Prestación Definida y devolviéndose nuevamente al de Ahorro Individual el 01 de diciembre de 2003, momento anterior al cumplimiento del periodo de gracia establecido en la Ley (29 de enero de 2004), razón por la cual, debía permanecer en ese régimen por lo menos cinco (5) años.

Que así las cosas y aun cuando en la certificación expedida por la Sección de Tesorería de este Fondo consta que se trasladó a esta Entidad del 01 de junio de 2006 al 19 de julio del mismo año, este traslado se considera inválido por cuanto el señor CANAL ALBAN no permaneció el tiempo mínimo que señaló la Ley para poder cambiarse de régimen.

Que por lo tanto, al ser un traslado inválido el efectuado al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, se concluye que el señor CANAL ALBAN no está afiliado a esta Entidad y por tanto no es procedente estudiar la solicitud de pensión de jubilación presentada bajo el Radicado No. 1520 del 18 de diciembre de 2006, de conformidad con lo señalado en el Acuerdo 026 de 1986 aprobado mediante Decreto 2837 de 1986, el cual, estableció que este Fondo reconocería y pagaría las prestaciones económicas a sus afiliados, indicando en el artículo 3:

“Son afiliados al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República:

a. Los parlamentarios que hayan tomado posesión del cargo y los empleados del Congreso y los empleados del Fondo que presten sus servicios en empleos de carácter permanente...”

3.2 La Resolución 0023 del 12 de enero de 2007 a través de la cual la entidad demandada resolvió el recurso de reposición presentado por la parte actora y que confirma la resolución descrita anteriormente.

4. Marco jurisprudencial

Régimen especial de congresistas que se aplica en virtud de la transición establecida en la Ley 100 de 1993⁴.

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

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

Aquellas y estas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el congresista, y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal.

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

La Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013, al estudiar la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, declaró la inexecutable de las expresiones “durante el último año y por todo concepto”, “Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal”, contenidas en el

⁴ Este marco normativo y jurisprudencia se toma de la sentencia del 18 de marzo de 2015, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, proceso con radicado No. 25000-23-25-000-2007-00347-01 y número interno 0868-2009.



primer inciso del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, así como la expresión “por todo concepto”, contenida en su párrafo; y la exequibilidad condicionada de las restantes expresiones, bajo el entendido que:

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

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

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

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

En el año de 1993 el Gobierno Nacional en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 expidió el Decreto 1359 de 1993 *“por el cual se establece un régimen especial de pensiones, así como de reajustes y sustituciones de las mismas, aplicable a los senadores y representantes a la cámara”,* y fijó en sus artículos 1º y 6º, el ámbito de aplicación y el porcentaje mínimo de liquidación:

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

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

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

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

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

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



A su vez el artículo 18 del comentado Decreto 1359 de 1993, estableció que esta reglamentación es de carácter especial para quienes tuviesen la calidad de senadores o representantes⁵.

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

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

Así en efecto, mediante el Decreto 1293 de 22 de junio de 1994⁶, se indicó que el Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, se aplica a los Senadores, Representantes y empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión Social del Congreso con excepción de los cubiertos por el régimen de transición previsto en dicho decreto (art. 1), régimen que se describió en el artículo 3, así:

⁵ Al respecto consultar en el mismo sentido la sentencia del 28 de abril de 2011, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, proceso con radicado 73001-23-31-000-2006-01286-01 y número interno 1083-09.

⁶ *“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”,*

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

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

PARAGRAFO. El régimen de transición de que trata el presente artículo se aplicará también para aquellos senadores y representantes que durante la legislatura que termina el 20 de junio de 1994 tuvieron una situación jurídica consolidada al cumplir antes de dicha fecha, veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos en una o diferentes entidades de derecho público incluido el Congreso de la República, o que los hubieran cumplido y cotizado en parte en el sector privado y ante el Instituto de Seguros Sociales en cualquier modalidad. En cuanto a la edad de jubilación se aplicará lo dispuesto en el literal b) del artículo 2o del Decreto 1723 de 1964, es decir que tales congresistas, una vez cumplido el tiempo de servicios aquí previsto podrán obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación a la edad de cincuenta (50) años.”

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



5. El caso concreto

En el asunto bajo estudio, el actor solicita que se declare la invalidez de su último traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, al fondo privado SKANDIA (del 1º diciembre de 2003 al 30 de mayo de 2006), para que en consecuencia se le tenga válidamente como afiliado al régimen de prima media con solidaridad en Fonprecon desde el 1º de febrero de 2003, y se proceda al reconocimiento de la pensión de jubilación del régimen especial de congresistas, previsto en el Decreto 1359 de 1993.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la parte accionante, al considerar que el actor no era congresista antes de la entrada en vigencia de las Leyes 4 de 1992 y 100 de 1993, por lo que en consecuencia no es beneficiario del régimen especial de congresistas contenido en el Decreto 1359 de 1993. Resaltó que el régimen de transición establecido en el Decreto 1293 de 1994 no puede extenderse a quienes adquirieron esa calidad después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Por estas consideraciones precisó que era innecesario pronunciarse sobre la afiliación al fondo privado SKANDIA.

En el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, la parte actora sostiene que i) debe tenerse como válida la afiliación del actor a Fonprecon del 1 de febrero de 2003 a julio de 2006 y que en su condición de beneficiario del régimen de transición dispuesto en la Ley 100 de 1993, tiene derecho a que Fonprecon le reconozca la pensión de jubilación como congresista, ii) es beneficiario de dos



regímenes especiales, el de las fuerzas militares y del congresistas y que por favorabilidad puede optar por la pensión especial de congresistas y iii) se le debe aplicar la Ley 19 de 1987.

Frente al primer aspecto, la Sala advierte que la discusión sobre la validez de los múltiples traslados del actor, entre el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, no es determinante para el caso en concreto, donde se busca establecer, de conformidad con lo solicitado en la demanda, si el actor tiene derecho al régimen especial de congresistas previsto en el Decreto 1359 de 1993, aunque haya adquirido tal calidad solo hasta el período constitucional del 2002 al 2004.

Se procede en consecuencia a explicar el régimen especial de congresistas, que se aplica a los beneficiarios del régimen de transición.

En este sentido destaca la Sala que el inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece un régimen de transición en los siguientes términos:

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

Como se consideró en la sentencia del 4 de abril de 2013 “el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, constituye un mecanismo de protección establecido por el Legislador para regular el impacto del tránsito legislativo en materia pensional, de manera que el mismo no afecte desmesuradamente a quienes si bien no han consolidado el derecho a la pensión por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen un derecho cierto respecto a la aplicación de las exigencias para el reconocimiento y el monto del derecho pensional contemplados en la normatividad anterior.”⁷

También se expuso en este fallo que “la finalidad del régimen de transición pensional es preservar, bajo el principio de favorabilidad, las condiciones de edad, tiempo de servicio o cotizaciones y monto de la pensión, bajo las cuales esa persona hubiera adquirido el derecho a la pensión; de lo contrario, quedaría sujeta al régimen general, o sólo al régimen público o al régimen del Seguro Social, eventos que carecen de soporte constitucional y legal.”⁸

Como se observa el inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece una prerrogativa para los afiliados, consistente en que ante el cambio de legislación, éstos bajo el cumplimiento de los supuestos de edad o tiempo de servicios a la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social en pensiones⁹, conservan el derecho a beneficiarse del *régimen anterior al cual se encuentren*

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 4 de abril de 2013, proceso con radicado No. 15001-23-31-000-2005-02389-01 (1889-01).

⁸ Ídem.

⁹ “Que por regla general lo fue el 1º de abril de 1994, para el sector privado y el sector público nacional; y el 30 de junio de 1995 para el sector público territorial, salvo que la respectiva autoridad territorial anticipara la citada fecha: Ley 100/93, art. 151.”, así se consideró en la sentencia del 2 de octubre de 2014, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, proceso con radicado No. 25000-23-25-000-2011-00360-01 (2768-13)



afiliados, en concreto, respecto de la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión.

En el caso del accionante, está probado en el proceso, que al 1 de abril de 1994, tenía 46 años, pues nació el 10 de abril de 1948¹⁰, en consecuencia se encuentra en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, el régimen al cual se encontraba afiliado el actor antes del 1 de abril de 1994, era el especial de la fuerza pública, como quiera que según constancia del 12 de julio de 2006, en esa fecha, el demandante estaba activo en la Escuela de Infantería y Escuela de Lanceros (fl. 100 anexo). Igualmente en la certificación expedida por la Dirección de Desarrollo Humano visible a folio 4, del 7 de diciembre de 1992 al 7 de diciembre de 1997, el accionante tenía el grado de Coronel del Ejército Nacional. Aunado a lo anterior se destaca que mediante la Resolución 0123 del 22 de enero de 2001, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció le reconoció asignación de retiro por haber prestado un tiempo de servicio de superior a 35 años (fls. 4 y 5 del anexo).

De conformidad con estos hechos, sostiene la Sala que el régimen que por vía de transición se aplica al accionante en este proceso, es el especial de la fuerza pública.

¹⁰ Como se evidencia en la Resolución No. 2398 de 2006 (fls. 130 a 132).

Concluye así la Sala que aunque el actor está cobijado por el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, la normatividad que se le aplica *vía transición* no puede ser el régimen especial de congresistas contenido en el Decreto 1359 de 1993, pues antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, esta no era la norma que se le aplicaba. Así, lo solicitado en la demanda, desconoce la finalidad del establecimiento del régimen de transición como medida de protección para los afiliados ante un tránsito normativo, pues el demandante antes del 1 de abril de 1994 no tenía ninguna expectativa objeto de protección o derecho cierto respecto del régimen especial de congresistas, como quiera que no tenía esa condición, dado que fue elegido Representante a la Cámara por el Departamento del Valle del Cauca, del 2002 al 2006.

Sobre el régimen de transición de congresistas ha considerado esta Corporación que “tal como en pasada oportunidad lo determinó la Sección¹¹, que el **Régimen de Transición de los Congresistas**, entendido el régimen de transición como aquel que busca proteger expectativas pensionales a futuro pero que se enmarquen en el régimen pensional vigente al momento de expedición de la nueva Ley¹²; extiende su cobertura **a quien siendo Congresista para el 1° de abril de 1994 -vigencia de la**

¹¹ Sentencia de 2 de abril de 2009, radicado: 5678-03, actor: Jorge Manuel Ortiz Guevara, Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve, que **declaró la nulidad del parágrafo del artículo 11 y del inciso 1° del artículo 17 del Decreto 816 de 2002, este último artículo modificado por el artículo 1° del Decreto 1622 de 2002**. En similar sentido Sentencia de 7 de septiembre de 2006, radicado 9798-05, actor Paulina Consuelo Salgar de Montejo, Consejero Ponente Dr. Jaime Moreno García.

¹² La Corte Constitucional en Sentencia C-789 de 2002, consideró con relación al Régimen de Transición que: “La creación de un régimen de transición constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo, no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo”.



Ley 100 de 1993-, además cumpla con la edad -40 años o más si es hombre o 35 años o más si es mujer- o la cotización o el tiempo de servicios por 15 años o más.”¹³

Adicionalmente se consideró en la sentencia del 22 de agosto de 2013 que “el Régimen Especial que gobierna a los Congresistas no puede extender sus preceptivas a quienes no se hallen vinculados a la entidad de la cual derivan de manera directa e indefectible la especialidad del ordenamiento cuya aplicación se alega.”¹⁴ A región seguido se expuso en el mismo fallo que:

“El Régimen de Transición de los Congresistas se constituye entonces, en la proyección del *status* jurídico favorable adquirido, por encontrarse en condición de actividad congresional, que permite resguardar las expectativas conforme a la normativa que luego fue retirada del ordenamiento jurídico.

Pero que a su turno, no puede prolongarse en el tiempo, es decir, más allá de la vigencia del Régimen **General** de Transición, porque de ser así, sería tanto como pretender su aplicación en forma virtual, como una opción en el tiempo mucho después de la vigencia de la Ley Particular, situación que desnaturalizaría la figura de la Transición y que de paso impediría que el Régimen de Transición **ordinario** cumpliera con su misión de unificar el sistema pensional dejando de lado los regímenes especiales de pensiones, entre ellos, el de los Parlamentarios.

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 13 de febrero de 2014, proceso con radicado No. 25000-23-25-000-2006-03672-01 (2045-07).

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 22 de agosto de 2013, proceso con radicado No. 25000-23-15-000-2006-08119-01 (1473-08).

Aunado a lo anterior la Sala considera necesario precisar, que no puede perderse de vista, que desde la perspectiva constitucional, la garantía de los derechos adquiridos -que para el efecto de los requisitos prestacionales se equipara a la proyección en el tiempo de una situación jurídicamente protegida y que, a la luz de la doctrina sobre el tema expresada en nuestra jurisprudencia integra el componente doctrinario que soporta la institución del Régimen de Transición-, proyecta en la resolución de los conflictos pensionales una serie de consecuencias objetivas.

En efecto, históricamente la constitucionalidad de las modificaciones prestacionales y aún salariales atribuidas a la competencia del Legislador, ha estado condicionada a la definición previa de los regímenes de transición en la aplicación de cualquier nueva regulación, que de manera sustancial afecte las situaciones jurídicas preestablecidas o en proceso de consolidación¹⁵.

¹⁵ Se debe recordar que la **Ley 33 de 1985 en el Parágrafo 2º de su artículo 1º** determinó el Régimen de Transición en los siguientes términos: *“Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las **disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.** // Quienes con 20 años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan 50 años de edad si son mujeres o 55 años si son varones, a una **pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían al momento de su retiro.**”*. Y, por su parte la **Ley 100 de 1993 en su artículo 36** lo estableció así: *“**Régimen de Transición.** La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.// La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, **será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.** Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley (...)”*.

Lo precedente significa, que el denominado régimen de transición es un sistema de distinción en el tratamiento de derechos consolidados o en proceso de estructuración jurídica, lo cual trae como consecuencia, su carácter taxativo, que **impide al intérprete en definición de litigios judiciales aplicar de manera llana el principio de favorabilidad, dado que ello implicaría la creación de una discriminación positiva no prevista por el Legislador con grave detrimento al principio de equidad.**

(...)

De igual modo se evidencia una clara vulneración de la ley por su aplicación indebida, cuando el Régimen de Transición Congressional se aplica a quienes ni siquiera tienen expectativa por consolidar, surgida como condición preexistente a la luz del Régimen Especial de los Parlamentarios. En otras palabras, se transgrede el sistema jurídico cuando se pretende, en la búsqueda del privilegio de la normativa especial, extender los beneficios de un régimen particularísimo, no obstante encontrarse la situación claramente regida por la ley general, cuando se ha sido elegido para legislaturas posteriores a aquella, lo que de paso despoja de su efecto útil a la norma que justamente dispuso la incorporación al sistema general de pensiones.”¹⁶ (Subrayado por la Sala).

Visto lo anterior, determina la Sala que no asiste la razón al actor al afirmar que es beneficiario del régimen especial de congresistas contemplado en el Decreto 1359 de 1993, pues como ya se indicó, solo adquirió la condición de Representante a la Cámara por el periodo 2002 al 2006, mucho tiempo después de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, el 1 de abril de

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 22 de agosto de 2013, proceso con radicado No. 25000-23-15-000-2006-08119-01 (1473-08).

1994 y de la Ley 4 de 1992, el 18 de mayo de 1992 (fecha en fue promulgada) norma que en el artículo 17 previó la creación de un régimen especial para congresistas, que se concretó en el Decreto 1359 de 1993.

En el segundo punto del recurso, expone el actor que al ser beneficiario de dos regímenes especiales, el de la fuerza pública y el de congresistas, en aplicación del principio de favorabilidad tiene derecho a la aplicación del Decreto 1359 de 1993.

Al respecto precisa la Sala que el principio mínimo fundamental de favorabilidad en materia laboral está previsto en el artículo 53 de la Constitución Política como la “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho”; sobre éste ha considerado la jurisprudencia constitucional¹⁷ que en su acepción en sentido estricto se refiere a la norma más ventajosa para el trabajador, cuando el operador jurídico tiene dudas sobre dos normas vigentes aplicables al momento de causarse el derecho, en efecto señaló la Corte:

“6.1.1. Frente al principio de favorabilidad *en sentido estricto*, esta Corporación ha manifestado que se emplea para “[determinar] *“en cada caso concreto, cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador”*¹⁸, y que su aplicación opera “(...) *en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre **cuál es la disposición jurídica aplicable** al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de*

¹⁷ Sentencia T-435 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁸ Sentencia C-168 de abril 20 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).



causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. En estos eventos los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social.¹⁹ (Resaltado no original)”

En este orden, en el caso bajo análisis, establece la Sala, que no se dan los presupuestos para que proceda la aplicación del principio de favorabilidad, como quiera que no existe duda sobre la normatividad en materia pensional que rige la situación del demandante, pues como ya se concluyó, es beneficiario del régimen especial de la fuerza pública, al estar cobijado por el régimen de transición regulado en el inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Así, reitera la Sala que el recurso de apelación parte de un supuesto errado, como quiera que el señor Canal Alban no es beneficiario del régimen especial de congresistas, como ya se estableció en este fallo, por ende, no le es posible invocar la aplicación del principio de favorabilidad.

Sobre el tercer aspecto, destaca la Sala, como se expuso en la sentencia del 22 de agosto de 2013²⁰ que La Ley 33 de 1985 en el artículo 14, creó el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República y originalmente el artículo 23 indicaba que “Los Congresistas y los empleados del Congreso pensionados con anterioridad

¹⁹ Sentencia T-832A de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, proceso con radicado 25000-23-25-000-2006-08119-01 y número interno 1473-08.

a la vigencia de la presente Ley, lo seguirán siendo de las entidades de Previsión Social que les otorgaron y reconocieron su derecho.” Este artículo fue modificado por la Ley 19 de 1987 que señaló:

“Artículo 1. El artículo 23 de la Ley 33 de 1985, quedará así: Tienen derecho a gozar de todas las prestaciones y servicios del Fondo de Previsión Social del Congreso, aquellas personas que están legalmente obligadas a contribuir para su funcionamiento. Los Congresistas que para tomar posesión de sus cargos hayan de renunciar temporalmente a recibir la pensión de jubilación que les había sido reconocida con anterioridad, la podrán seguir percibiendo del Fondo de Previsión Social del Congreso con derecho al respectivo reajuste, una vez suspendan o cesen en el ejercicio de sus funciones, pero el nuevo lapso de vinculación al Congreso y de aporte al Fondo no podrá ser inferior a un (1) año, en forma continua o discontinua. Los expedientes de jubilación y cesantía de la Caja Nacional de Previsión que reconocen dichas prestaciones a congresistas y empleados del Congreso así como las correspondientes relaciones de pagos, serán solicitadas por escrito por el Director del Fondo de Previsión Social del Congreso para que sirvan de base a la liquidación de las nuevas solicitudes que le hayan sido formuladas, y deberán serle remitidas en el plazo de quince días.

Parágrafo. Los empleados del Congreso pensionados con anterioridad a la vigencia de la Ley 33 de 1985, lo seguirán siendo de las entidades de Previsión Social que les otorgaron y reconocieron su derecho.”

Posteriormente, la Constitución Política²¹ facultó al legislador para dictar las normas generales sobre el régimen salarial y prestacional de los congresistas, esta competencia fue ejercida al expedirse la Ley 4 de 1992 que en artículo 17 indica que el Gobierno establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones para los

²¹ El artículo 150, numeral 19, literal e) de la Carta Política, contempla una competencia compartida entre el Congreso y el Gobierno Nacional, para regular el régimen salarial y prestacional de los miembros del Congreso, así, el legislador dicta los parámetros generales a los que debe sujetarse el Gobierno Nacional para dictar la normatividad correspondiente.



Senadores y Representantes, que **no puede ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que perciban los Congresistas**. Con fundamento en este mandato del legislador, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1359 de 1993 que creó el régimen especial de pensiones de congresistas “aplicable a quienes a partir de la vigencia de la Ley 4ª de 1992, **tengan la calidad de Senador o Representante a la Cámara.**”²², esto es, el 18 de mayo de 1992, cuando fue promulgada.

Ahora bien, el actor solicita en la demanda y en el recurso de apelación que se le aplique la Ley 19 de 1987 que modificó la Ley 33 de 1985, al considerar que por haber cotizado a Fonprecon, por un lapso de un año tiene derecho a beneficiarse del régimen especial de congresistas contemplado en el Decreto 1359 de 1993.

En este punto se destaca que esta Corporación ha considerado sobre la aplicación del régimen especial de congresistas regulado en el Decreto 1359 de 1993, que:

“Del estudio sistemático de las disposiciones reseñadas infiere la Sala, como ya lo hizo en anterior oportunidad²³, que en lo que al **Régimen Especial de los Congresistas** se refiere, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 1359 de 1993, su ámbito de aplicación se contrae a quienes a partir del 18 de mayo de 1992, fecha de vigencia de la Ley 4ª de 1992,

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 22 de agosto de 2013, proceso con radicado 25000-23-25-000-2006-08119-01 y número interno 1473-08.

²³ Sentencia de 3 de mayo de 2002. Expediente 1276-2001. Actor: Oscar Emilio Vinasco Vinasco. Consejero Ponente Dr. Alberto Arango Mantilla.

ostenten la calidad de Senador o Representante a la Cámara, es decir, que se encuentren para dicha fecha en el ejercicio del cargo o lo que es lo mismo en condición de actividad parlamentaria, debidamente posesionados y afiliados a la Entidad Pensional del Congreso, efectuando cumplidamente las cotizaciones y los aportes, tal como lo señala su artículo 4^o²⁴.

Igualmente, son destinatarios de este Régimen Especial, quienes habiendo sido Congresistas en el pasado y que estén pensionados, luego se reincorporen al servicio como Parlamentarios encontrándose en condición de activos a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 4^a de 1992, efectuando el respectivo **aporte al Fondo**, para lo cual hayan renunciado temporalmente a recibir pensión de jubilación reconocida con anterioridad, siempre que el nuevo lapso de vinculación al Congreso no sea inferior a un año en forma continua o discontinua.

Encuentra entonces la Sala, que el Régimen Especial que gobierna a los Congresistas no puede extender sus preceptivas a quienes no se hallen vinculados a la entidad de la cual derivan de manera directa e indefectible la especialidad del ordenamiento cuya aplicación se alega.²⁵ (Subrayado fuera de texto).

²⁴ En esta misma dirección la Corte Constitucional en la **Sentencia C-258 de 2013** consideró, “*Esta Corporación declarará la inexequibilidad de las expresiones “y por todo concepto” y “por todo concepto”, contenidas en el inciso primero y en el párrafo, respectivamente, del artículo 17 de la Ley 4 de 1992.*”// En este caso, ante la expulsión del ordenamiento de las expresiones en comento y en vista del mandato del Acto Legislativo 01 de 2005 en el sentido de que “[p]ara la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”, la Sala considera necesario además **condicionar la exequibilidad del resto del precepto censurado en el entendido de que como factores de liquidación de la pensión, solo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas al sistema de pensiones**”.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 22 de agosto de 2013, proceso con radicado 25000-23-25-000-2006-08119-01 y número interno 1473-08.



En punto de la censura del recurrente, se destaca igualmente que la Ley 19 de 1987 (que modificó el artículo 23 de la Ley 33 de 1985) tiene un ámbito de aplicación en el que no se encuentra el actor, dado que la calidad de congresista la adquirió hasta el periodo constitucional del 2002 al 2006.

Así, el actor al haber sido congresista en los citados años, no es beneficiario de la Ley 33 de 1985 y por consiguiente de la Ley 19 de 1987, pues ésta solo se aplica a través del régimen de transición, para quien durante su vigencia era cobijado por ella y tenía una expectativa legítima frente a su aplicación, no siendo el caso del actor, pues fue elegido congresista mucho después de la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social en pensiones, el 1 de abril de 1994. Se insiste así, que el régimen aplicable al accionante mediante la transición ordenada por la Ley 100 de 1994, es el de la fuerza pública.

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

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



F A L L A

PRIMERO.- SE CONFIRMA la sentencia del 27 de marzo de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las pretensiones de la demanda promovida por el señor JAIME ERNESTO CANAL ALBAN, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esa sentencia.

SEGUNDO.- SE RECONOCE personería para actuar como abogado de la parte actora, a Germán Contreras Hernández de conformidad con la sustitución del poder que obra a folio 155 del expediente.

TERCERO.- SE RECONOCE personería para actuar como abogado de la parte demandada, a Freddy Rolando Pérez Huertas de conformidad con el poder que obra a folio 158 del expediente.

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

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



GERARDO ARENAS MONSALVE

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER