354

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "B"

CONSEJERA PONENTE: DRA. BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ

Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil once (2011)

Radicación No. 25000-23-25-000-2007-00751-02
Expediente No. 0590-2011
Actor: FONDO NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO
AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia de 18 de noviembre de 2009, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por el Fondo Nacional de Previsión Social del Congreso - FONPRECON contra la señora Esther Ordóñez de Ordóñez.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad de la Resolución No. 1067 de 24 de noviembre de 1998, por medio de la cual el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República ordenó la afiliación a dicha Entidad de la señora Esther Ordóñez de Ordóñez y conmutó la pensión reconocida por CAJANAL al señor Luis Cesar Ordóñez Quintero y posteriormente sustituida a la demandada.

Como consecuencia de lo anterior solicitó declarar que el Fondo de Previsión Social del Congreso no está obligado a afiliar como pensionado al señor Luis Cesar Ordóñez Quintero (q.d.e.p.), así como tampoco asumir la conmutación de la pensión que le reconoció CAJANAL y sustituida a la señora Esther Ordóñez de Ordóñez; que la sustituta pensional del causante

reintegre las sumas pagadas sin estar obligado FONPRECÓN y que ascienden a la suma de $1.485.563.132, calculada hasta junio de 2007.

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

El señor Luis Cesar Ordóñez Quintero fue pensionado por CAJANAL a través de la Resolución No. 5090 de 18 de agosto de 1967, efectiva a partir de 20 de julio de 1964, en cuantía $4.466,07.

El derecho pensional fue reconocido por CAJANAL en 1967 teniendo en cuenta el tiempo laborado por el actor en su condición de Congresista.

El acto anterior fue modificado mediante la Resolución 00463 de 26 de enero de 1983 en el sentido de incluir nuevos factores, liquidándola nuevamente en cuantía de $14.707,99 a partir de 1° de enero de 1978.

El señor Luis Cesar Ordóñez Quintero falleció el 11 de marzo de 1982.

Mediante la Resolución No. 00463 de 26 de enero de 1983 se sustituyó la pensión a la señora Esther Ordóñez de Ordóñez a partir de 11 de marzo de 1982 en cuantía de $25.541,04.

Para la fecha en que fue reconocido el derecho pensional no había sido creado el Fondo de Previsión Social del Congreso, que ocurrió a través de la Ley 33 de 1985.

El 14 de julio de 1998 la señora Esther Ordóñez de Ordóñez en calidad de cónyuge supérstite le solicitó a FONPRECON su afiliación al mismo y por consiguiente conmutar la pensión a él reconocida por CAJANAL.

FONPRECON, aplicando un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, accedió a la conmutación pensional mediante la Resolución No. 1067 de 24 de noviembre de 1998.

Adicionalmente reconoció y ordenó el *"reajuste especial"* en un porcentaje equivalente al 75% del ingreso mensual promedio de un Congresista en 1992, es decir, la suma de $2'904.371,38 generando una mesada pensional de $4'043.026,58 efectiva a partid de 27 de julio de 1995.

Como consecuencia de la indebida aplicación de la Ley 19 de 1987 y de los Decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994, FONPRECON a través de la Resolución No. 1067 de 24 de noviembre de 1998 (acto acusado) reconoció y pagó erradamente a la demandada la suma de $440'078.722,48 por concepto de reajuste especial e intereses moratorios.

Para el año 2007 la señora Esther Ordóñez de Ordóñez percibió una pensión de jubilación en cuantía de $14'735.629.

Para que el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República asuma una pensión ya reconocida por una Caja o Entidad independiente a FONPRECON, se debe dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 1° de la Ley 19 de 1987, que modificó la Ley 33 de 1985, así como los Decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994.

Según las normas señaladas, FONPRECON está girando una pensión que legalmente no le corresponde asumir por cuanto el señor Julio Cesar Ordóñez Quintero (q.d.e.p.) con posterioridad al reconocimiento de la pensión otorgada por CAJANAL, no desempeñó cargo alguno como Congresista, y efectuó aportes al Fondo por espacio no inferior a un año.

FONPRECON atendiendo lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 797 de 2003 advirtió la *"improcedencia de la afiliación y conmutación de la pensión de Jubilación"* del causante.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:
Ley 19 de 1987, artículo 1°; Decreto 1359 de 1993, artículos 4° y 7°; 1293 de 1994, artículo 3° y 816 de 2002, artículo 11. (Fls. 151-170)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La señora Esther Ordóñez de Ordóñez por conducto de apoderado de folios 200 a 208 dio contestación a la demanda oponiéndose a las pretensiones y propuso las excepciones de falta de competencia y caducidad de la acción.

Sustentó las excepciones de falta de competencia y caducidad argumentando que la Ley 712 de 2001 en el artículo 2° determina expresamente que las controversias que se originen entre los afiliados a las Entidades de Seguridad Social serían de conocimiento de la Jurisdicción Ordinaria; además la acción de nulidad y restablecimiento del derecho fue impetrada por fuera del término de 2 años establecido en el numeral 7° del artículo 136 del C.C.A. que regula las acciones de lesividad.

La Entidad demandante no precisó las disposiciones legales que presuntamente violó el acto demandado, dado que se sustentó en la Ley 4ª de 1992, el Decreto 1359 de 1993 y el concepto del Consejo de Estado proferido en 1997 con aplicación a partir del año 1998.

No se violaron las normas enunciadas por la Entidad actora porque el causante en calidad de Congresista cotizó a CAJANAL cumplidamente dado que para la fecha en que ejerció el cargo no existía el Fondo de Previsión Social del Congreso ni la Ley 4ª de 1992.

Luego de citar las normas que establecen el reajuste especial a favor de los ex Congresistas pensionados con anterioridad a la Ley 4ª de 1992, concluyó que el mismo se sustentó en razones de justicia y equidad para aumentar las pensiones irrisorias que percibían con anterioridad.

Transcribió apartes de una sentencia del Consejo de Estado proferida en el año 2006 en la que se accedió a la aplicación de la Ley 4ª de 1992 para los pensionados antes de su vigencia.

LA SENTENCIA

El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia de 18 de noviembre de 2010 (Fls. 243-250, declaró no probadas las excepciones y accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

La excepción de caducidad no se configura respecto de la Resolución No. 0067 de 24 de noviembre de 1998 porque se entiende que a través de esta el Fondo de Previsión Social del Congreso asumió el pago de una prestación periódica y en tal sentido puede ser demandada en cualquier tiempo.

Tampoco se configura la falta de competencia alegada dado que la conmutación de la pensión del causante fue reconocida por la Entidad demandante en aplicación del régimen especial de Congresistas y por tanto no se trata de la aplicación directa del Sistema General de Pensiones, además la naturaleza de la relación laboral no proviene de un contrato de trabajo.

Para desatar el primer problema jurídico relacionado con la procedencia o no de la conmutación pensional, citó la Ley 33 de 1985 que creo el Fondo de Previsión Social del Congreso y el Decreto 2837 de 1986, que fijó el reglamento para que dicha Entidad reconociera las prestaciones económicas a su cargo, para concluir que si bien el último cargo desempeñado por el señor Ordóñez Quintero fue el de Representante a la Cámara hasta diciembre de 1963, mientras que el Fondo fue creado en 1985.

El causante no volvió a ser elegido Congresista ni estuvo vinculado al Congreso por más de un año como lo exige la norma y por tanto no era procedente su afiliación al Fondo ni la conmutación pensional, razón por la cual el acto demandado debe ser declarado nulo.

No es procedente el reintegro de la sumas pagadas en exceso a la señora Esther Ordóñez de Ordóñez en su condición de sustituta del causante, porque al momento de la presentación de la demanda no se probó que hubiera actuado de mala fe realizando maniobras o actos ilegales.

Por lo anterior, declaró la nulidad de la Resolución No. 1067 de 24 de noviembre de 1998, ordenó reajustar la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 50% a partir de 1° de enero de 1994 y negó las demás pretensiones.

EL RECURSO

La demandada interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído cuya sustentación obra de folios 251 a 263.

Insiste en la excepción de caducidad de la acción en razón a que el acto por medio del cual FONPRECON afilió y conmutó la pensión reconocida al señor Luis Cesar Ordóñez Quintero y sustituida a la señora Esther Ordóñez de Ordóñez cónyuge supérstite, fue expedido el 24 de noviembre de 1998, mientras que la demanda se presentó en junio de 2007 superando ampliamente el término de 2 años, establecido en el artículo 136-7° del Código Contencioso Administrativo.

La decisión del A-quo debe ser revocada porque el acto de conmutación pensional proferido por FONPRECON no lo afecta si se tiene en cuenta que se ajusta a las previsiones de la Ley 4ª de 1992 y los Decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994 y los múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional en casos como el que se analiza.

Manifestó que el causante fue pensionado por CAJANAL en ejercicio del cargo de Congresista y FONPRECON es un mero ente administrativo intermediario en el pago de la pensión que CAJANAL le reconoció al causante.

Luego de citar las normas que determinan el régimen especial de Congresista y el reajuste a favor de los ex Congresistas pensionados antes de la Ley 4ª de 1992, concluyó que el causante reunía los requisitos de edad y tiempo de servicio para que el Fondo asumiera la conmutación de la pensión pues el último cargo ejercido por éste fue el de Representante a la Cámara.

El causante cumplía con todos los requisitos exigidos en el régimen especial para acceder al reajuste especial de la pensión dado que fue pensionado en calidad de Congresista antes de la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 y por tal razón FONPRECON conmutó la prestación previamente sustituida a la señora Esther Ordóñez de Ordóñez.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado procede la Sala a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si el acto administrativo por medio del cual el Fondo de Previsión Social del Congreso – FONPRECON afilió al causante Luis Cesar Ordóñez Quintero y conmutó la pensión de jubilación para asumir el mayor valor por concepto de la reliquidación en cuantía equivalente al 75% de lo devengado por un Congresista en 1995, se ajustan o no a la legalidad.

ACTO ACUSADO

Resolución No. 1067 de 24 de noviembre de 1998, proferida por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República - FONPRECON, que ordenó la afiliación de la señora Esther Ordóñez de Ordóñez en su

condición de sustituta pensional del señor Luis Cesar Ordóñez Quintero a esa Entidad y conmutó la pensión que le fue reconocida por CAJANAL para asumir el pago de la diferencia surgida de la reliquidación pensional fijando la mesada en $4'043.026,58, a partir de 27 de julio de 1995, descontando lo pagado. (Fls. 142-150)

Para la conmutación pensional tuvo en cuenta que el causante prestó sus servicios como Senador de la República por la circunscripción electoral de Bogotá hasta 1963. En tal sentido, aplicó lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto 1359 de 1993, para liquidar la pensión con el 75% de lo devengado por un Congresista para el año 1995, aumentando la cuantía a $4'043.026,58 efectiva a partir del 27 de julio de 1995.

DE LO PROBADO EN EL PROCESO

A través de la Resolución No. 5090 de 18 de agosto de 1967, CAJANAL reconoció a favor del causante Luis Cesar Ordóñez Quintero una pensión mensual vitalicia de jubilación efectiva a partir de 20 de julio de 1964, en cuantía de $4.416,07. (Fls. 67-71)

El acto anterior fue modificado por la Resolución No. 00463 de 26 de enero de 1983, proferida por CAJANAL, en el sentido de incluir nuevos factores devengados por el causante en la Cámara de Representantes de 21 de mayo de 1967 a 19 de julio de 1964, en cuantía de $14.107,99 efectiva a partir de 1978; igualmente dispuso la sustitución pensional a favor de la señora Esther Ordóñez de Ordóñez a partir de 11 de marzo de 1982 en cuantía de $25.541,04. (Fls. 88-91)

A folio 84 obra copia del Registro Civil de Defunción del señor Luis Cesar Ordóñez Quintero, en el que consta que falleció el 11 de marzo de 1982.

El Fondo de Previsión Social del Congreso, mediante Resolución. No. 1067 de 24 de noviembre de 1998, ordenó la afiliación de la señora Esther

Ordóñez de Ordóñez en calidad de sustituta pensional del señor Luis Cesar Ordóñez Quintero y conmutó la pensión liquidándola con el 75% de lo devengado por un Congresista en 1995. (Fls. 151-170)

ANÁLISIS DE LA SALA

De la Caducidad de la Acción

Como la demandada en el recurso de apelación insiste en la **caducidad de la acción**, la Sala procederá a su estudio en el siguiente orden:

Con respecto al fenómeno de la caducidad de la acción de lesividad el numeral 7° del artículo 136 del C.C.A. dispone que el término para que la entidad demande su propio acto es de 2 años contados a partir del día siguiente de su expedición.

Sin embargo, el artículo citado en el numeral 2, al establecer el término de caducidad de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, determina expresamente lo siguiente:

> "(...) los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fé."

La demandada aduce que el acto demandado no reconoce una prestación periódica sino que ordena la afiliación del causante a dicha entidad y conmuta la pensión, hechos que no pueden equipararse a un reconocimiento.

Al respecto observa la Sala que el acto demandado fue el que permitió que el Fondo asumiera el pago de la pensión que CAJANAL le reconoció al causante en 1967 y por ende el mismo involucra el pago de una prestación periódica que puede ser demandada en cualquier tiempo. En esas condiciones, la Sala procederá al estudio del fondo del asunto.

Del Reajuste Pensional Especial a Favor de los Ex Congresistas

A través del acto demandado, el Fondo de Previsión Social del Congreso luego de asumir la conmutación de la pensión, liquidó la pensión del ex Congresista Luis Cesar Ordóñez Quintero conforme a lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto 1359 de 1993, en cuantía equivalente al 75% de lo devengado por un Congresista en el año 1995.

En relación con el régimen pensional de los Congresistas, la Ley 4ª de 1992, señaló 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.

Dicha Ley atendió razones de justicia y equidad, propendiendo por la nivelación salarial y prestacional en los distintos sectores de la administración pública.

El artículo 17 de la citada ley, dispuso:

> "El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores. Aquellas y estas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual y promedio que, durante el último año, y por todo concepto, reciba el Congresista. Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal.
>
> PARÁGRAFO. La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devengan los Representantes y Senadores en la fecha en que se decrete la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva.".

En desarrollo de la disposición legal antes transcrita, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1359 de 12 de julio de 1993 *"por el cual se establece un régimen especial de pensiones, así como de reajustes y sustituciones de las mismas aplicables a los Senadores y Representantes a la Cámara."*

El artículo 17 del Decreto en mención, dispuso:

"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 tendrán derecho los actuales Congresistas."

Dicho reajuste se sustentó en razones de equidad y justicia con aquellos pensionados cuya mesada se había desactualizado en relación con la pensión de jubilación de los actuales Congresistas.

A su vez, el Decreto 1293 de 24 de junio de 1994, por el cual se estableció el régimen de transición de los Senadores, Representantes, empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión Social del Congreso, en su artículo 7° dispone:

"El artículo 17 del Decreto 1359 de 1993, quedará así:

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

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

Este reajuste surtirá efectos fiscales a partir del 1 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.".

En relación con el tema, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 5 de agosto de 2010, Exp. No. 8418-05, Actor: Gustavo Salazar Tapiero, M.P. Dr. Victor Hernando Alvarado Ardila, unificó la tesis, argumentando lo siguiente:

"(...) A pesar de lo anterior el Congreso, mediante la Ley 4ª de 1992, y el Ejecutivo, a través del Decreto 1359 de 1993, determinaron la necesidad de disminuir en alguna medida la diferencia generada entre los ex Congresistas y ex Magistrados pensionados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 respecto de quienes desempeñaran los mismos cargos con posterioridad a dicha fecha, a quienes por razones objetivas se les incrementaron sus salarios y prestaciones.

> Dicha solución, sin embargo no exigía una equiparación absoluta, pues, se reitera, eran grupos diferenciados, que desempeñaron sus cargos bajo ordenamientos jurídicos diversos.
>
> Una solución contraria, específicamente la planteada en algunos momentos por la jurisprudencia consistente en reajustar las pensiones de ex Congresistas y ex Magistrados en un 75% de lo devengado por un Congresista en ejercicio al año 1994, implicaría el otorgamiento de un trato igual a grupos que, se insiste, están ubicados en situaciones laborales diferenciables. Además que permitiría liquidar pensiones sobre salarios no devengados y en consecuencia montos no cotizados al Sistema General de Pensiones, generando con ello un trato inequitativo. (...)
>
> Asimismo, es preciso resaltar que el reajuste pensional en referencia no se erige en un reconocimiento pensional diverso del que previamente le fue otorgado al beneficiario del mismo sino que, se reitera, constituye un reajuste especial previsto por el ordenamiento jurídico en consideración a la desigualdad que surgió entre el monto de las pensiones de los Congresistas pensionados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 y los que lo fueron con posterioridad a ella y que, en atención a criterios de justicia y equidad, se hizo extensivo a los ex Magistrados de las Altas Cortes, tal como ha quedado expuesto en esta providencia. (...)"

Así, el reajuste pensional a favor de los Congresistas pensionados antes de la Ley 4ª de 1992 no se fundamenta en el artículo 17 de dicha Ley, que se refiere a los que se pensionen a partir de su entrada en vigencia, sino en los Decretos proferidos con posterioridad que establecieron expresamente un reajuste especial a favor de los excongresistas equivalente al 50% del promedio de las pensiones a que tendrían derecho los actuales Congresistas con efectos fiscales a partir de 1° de enero de 1994 (artículo 7° del Decreto 1293 de 1994).

En ese orden de ideas, como la pensión del causante fue reconocida con anterioridad a la Ley 4ª de 1992, tenía derecho al reajuste pensional en los términos del artículo 17 del Decreto 1359 de 1993 modificado por el artículo 7° del Decreto 1293 de 1994, es decir, por una sola vez y hasta alcanzar el 50% de la pensión que devengaba un Congresista para ese año, con efectos fiscales *"a partir del 1 de enero de 1994"*.

Teniendo en cuenta lo anterior, el acto demandado fue debidamente declarado nulo en cuanto liquidó la pensión del causante con el 75% de lo devengado por un Congresista en 1995, porque la Ley 4ª de 1992, que

establece tal porcentaje, está dirigida a los Congresistas en ejercicio que se pensionen a partir de su entrada en vigencia y no a los pensionados con anterioridad.

De la Conmutación Pensional

La conmutación pensional es un *"mecanismo que tiene la finalidad de permitir a un empleador particular o estatal que tiene obligaciones pensionales a su cargo sustituir esas obligaciones mediante un pago de capital, para que el pago de las pensiones sea asumido por una entidad del sistema de seguridad social."*[1]

Tal figura se presenta cuando el empleador, particular o estatal, adquiere obligaciones de índole pensional respecto de sus empleados y las sustituye a una Entidad del Sistema de Seguridad Social para que ésta la asuma, previo el pago de un capital.

Con el fin de determinar la procedencia de dicha figura en el sub lite, la Sala hará las siguientes precisiones:

La Ley 33 de 29 de enero de 1985, creó el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República con el objeto de que asuma el pago de prestaciones a favor de los empleados del Congreso de la República y del Fondo y de los Congresistas, las cuales venían siendo asumidas generalmente por CAJANAL.

Así, el artículo 15 ibídem dispone:

> "ARTICULO 15.- Además de la función que la Ley señala a los organismos de Previsión Social, el Fondo cumplirá las siguientes actividades:
>
> 1. Efectuar el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los Congresistas, de los empleados del Congreso y de los empleados del mismo Fondo.
>
> 2. Expedir, con la aprobación del Gobierno Nacional, reglamentos generales para la atención de las prestaciones a su cargo.

[1] Arenas Monsalve, Gerardo, El Derecho Colombiano de la seguridad social, segunda edición, Legis, Bogotá, 2007, Pg. 417.

3. Realizar inversiones que le permitan servir oportunamente los objetivos propios de la institución y le garanticen seguridad, rentabilidad y liquidez."

A su vez, el artículo 22 de la Ley 33 de 1985, determinó que CAJANAL continuaría con el pago de las prestaciones en los siguientes casos:

"La Caja Nacional de Previsión Social, liquidará las prestaciones sociales de los Congresistas y de los empleados del Congreso hasta el momento en que empiece a funcionar el Fondo. Serán de cargo de la Caja Nacional de Previsión Social las prestaciones sociales de los Congresistas y empleados del Congreso, hasta la cuantía de los aportes que por tales conceptos se le hayan efectuado. En el evento de que el valor de los aportes no sea suficiente para cancelar las prestaciones sociales, el Tesoro Nacional hará los aportes necesarios al Fondo de Previsión Social del Congreso."

Por otra parte, el artículo 62 del Decreto 2837 de 1986, *"Por el cual se expide el reglamento general sobre las condiciones y términos necesarios para el reconocimiento y efectividad de las prestaciones económicas a cargo del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República"*, estableció:

"El Fondo de Previsión Social del Congreso de la República reconocerá y pagará las prestaciones económicas señaladas en este reglamento a partir del 26 de marzo de 1986, según el acta de acuerdo firmada por Directores Generales de la Caja Nacional de Previsión Social y del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, con el visto bueno de la Junta Directiva del Fondo."

En relación con la condición de afiliado del Fondo de Previsión Social del Congreso, el artículo 3º del Decreto 2837 de 1986, determinó que lo serán:

"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.

b) Los Parlamentarios principales que no se hayan posesionado para los efectos previstos en los parágrafos 1° y 2° del artículo 7° de la Ley 48 de 1962.

c) Los pensionados cuya mesada deba cancelar el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, de conformidad con lo previsto en la Ley 33 de 1985."

Con respecto al último inciso transcrito, el artículo 23 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 19 de 1987, dispone:

"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. (...)

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."

Atendiendo la normatividad en cita se concluye que el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República asumió el pago de las prestaciones que se generaron una vez el mismo entró en funcionamiento respecto de quienes se encontraban obligados a afiliarse pero las prestaciones reconocidas con anterioridad continuaron en cabeza de la Entidad que reconoció la prestación.

En este sentido, se puede afirmar, en principio, que al haber sido reconocida la pensión de jubilación del causante antes de la creación de FONPRECON, Ley 33 de 1985, es CAJANAL la Entidad que debía continuar con el pago por ser ésta la que reconoció la pensión a partir de 1964.

Empero, la Sala en un asunto similar al presente, mantuvo la afiliación de la demandada al Fondo de Previsión Social del Congreso teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:[2]

"- De conformidad con lo establecido en el preámbulo y en los artículos 1º, 2º, 48 y concordantes de la Constitución Política de 1991, las autoridades están investidas para garantizar y proteger los derechos de las personas y, dentro de un Estado Social de Derecho, la seguridad social, además de ser un servicio público a cargo del Estado, es un derecho que en algunos eventos adquiere la naturaleza fundamental.

- Adicionalmente, al amparo de lo establecido en los incisos 2º y 3º del artículo 13 de la Constitución Política, no puede perderse de vista que la señora Marina Hoyos de Montoya, por su edad[3], es sujeto de especial protección; razón por la cual, a pesar de ostentar su derecho a la sustitución así como al reajuste, en los términos anteriormente referidos, no puede adoptarse una decisión en la cual se deje desamparada de su derecho a la seguridad social y se le obligue a iniciar, nuevamente, un trámite prestacional frente a otra entidad de previsión, la cual no se encuentra vinculada en el presente asunto.

---

[2] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 23 de septiembre de 2010, Exp. No. 1124-09, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila

[3] Nació el 14 de febrero de 1916.

En este sentido, debe resaltarse que al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la Constitución Política *"El estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. (...)".*

- Finalmente, y en atención a que tampoco se puede perder de vista el posible daño patrimonial que dicho reconocimiento le puede estar causando al Fondo accionante, cabe afirmar que al tenor de lo establecido en los artículos cuarto y séptimo del acto demandado, la pensión está a cargo del Departamento de Antioquia, del Municipio de Medellín y de Cajanal; así mismo, se evidencia que para efecto de los servicios médico – asistenciales el Fondo está efectuando los descuentos sobre la pensión; razón por la cual, debe concluirse que el Fondo no está asumiendo el pago de una prestación sino simplemente está sirviendo de entidad pagadora.

También debe resaltarse que el reajuste especial que se concedió por el acto acusado no está siendo asumido por Fonprecon, sino por las entidades concurrentes a prorrata del tiempo que se encuentra a cargo de cada una de ellas.

En este sentido, entonces, cabe concluir que no es viable acceder a las súplicas de la demanda frente a este tópico y, en consecuencia, por este aspecto se confirmará el fallo del *a quo.".*

Las anteriores consideraciones resultan aplicables al sub-lite porque la señora Esther Ordóñez de Ordóñez cuenta con 87 años de edad, pues nació en el año de 1923 y como no se vinculó a CAJANAL, tendría que iniciar el trámite administrativo para que ésta asuma nuevamente el pago de la prestación y por ende, mientras se surte el mismo, se afectarían aún más sus derechos fundamentales.

Por las razones que anteceden, el fallo apelado que declaró no probada la excepción de caducidad y la nulidad parcial de la Resolución No. 1067 de 24 de noviembre de 1998 y que ordenó liquidar la pensión sustituida a favor de la demandada para que sea reajustada por una sola vez hasta alcanzar el 50% del promedio de las pensiones a que tendrían derecho los Congresistas, con efectos fiscales a partir de 1° de enero de 1994, será confirmada.

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,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 18 de noviembre de 2010, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por el Fondo de Previsión Social del Congreso contra la señora Esther Ordóñez de Ordóñez.

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

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA