



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"

CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013)

REF: Expediente No. 25000-23-25-000-2007-01255-01 (0582-2010)

Actor: JESÚS OCTAVIO ACOSTA SÁNCHEZ C/ FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA - FONPRECON-

AUTORIDADES NACIONALES - FALLO -

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, contra la sentencia de 29 de octubre de 2009 proferida por la Sección Segunda, Subsección D del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demandada instaurada por el señor JESÚS OCTAVIO ACOSTA SÁNCHEZ, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la actuación administrativa que profirió el FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA - FONPRECON-, en virtud de la cual le reconoció la pensión de jubilación.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el señor JESÚS OCTAVIO ACOSTA SÁNCHEZ presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a fin de obtener la nulidad de la

Resolución No. 1440 de 1° de agosto de 2007 proferida por la Dirección General de FONPRECON, que le reconoció la pensión vitalicia de jubilación.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que se ordene al Fondo accionado el reconocimiento y pago de la pensión jubilatoria en aplicación del Régimen de Transición establecido en el Decreto 1293 de 1994 y según los artículos 17 de la Ley 4ª de 1992 y 7° del Decreto 1359 de 1993, a partir del 7 de febrero de 2004, fecha en la cual se reconoció la prestación inicial; que se declare que el monto pensional equivale al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devenguen los Congresistas en ejercicio a la fecha en que se decretó la prestación; que se efectúe el pago del mayor valor de las mesadas dejadas de percibir correspondiente a las diferencias entre la cuantía de la pensión ya reconocida y la que realmente le corresponde a partir del 7 de febrero de 2004 y hasta que se haga efectivo el pago; que se cancelen los intereses moratorios en cumplimiento del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre las sumas dejadas de pagar; que se indexen todos los valores que se reconozcan y se disponga el pago de las costas procesales.

Relató el actor en el acápite de **hechos**, que laboró como Senador de la República entre el 23 de julio y el 23 de octubre de 2003, con la consecuente afiliación al Fondo y efectuando los aportes correspondientes.

Que a través de la Resolución No. 1440 de 1° de agosto de 2007, se le reconoció la pensión de jubilación a partir del 7 de febrero de 2004, pero en este acto se señaló, que en razón a que no ostentó la calidad de Parlamentario con anterioridad al 1° de abril de 1994, no era beneficiario del Régimen de Transición de los Congresistas consagrado en el Decreto 1293 de 1994; sin tener en cuenta que para el 1° de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad, además de que cumplió con los requisitos

establecidos en los literales a) y b) de su artículo 2°, que, de paso, no exigen haber sido Parlamentario antes de dicha fecha.

Por tanto el monto de la pensión que le corresponde pagar al Fondo es igual al 75% del ingreso mensual promedio que devenguen los Congresistas a la fecha del reconocimiento de la pensión, de conformidad con los artículos 5° y 6° del Decreto 1359 de 1993 y el párrafo del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992.

Invocó como **normas violadas** los artículos 48 y 53 de la Constitución Política; 17 de la Ley 4ª de 1992; 7° del Decreto 1359 de 1993; párrafo del artículo 1° del Decreto 691 de 1994; 2° y 3° del Decreto 1293 de 1994; 141 de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo No. 1 de 2005.

Insistió en que es beneficiario del Régimen de Transición de los Congresistas contemplado en el Decreto 1293 de 1994, porque para el 1° de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad y 15 años de servicio, sin que sus artículos 2° y 3°, contemplen ningún otro requisito, como equivocadamente lo entendió el Fondo cuando exigió que se debe ostentar la calidad de Parlamentario antes del 1° de abril de 1994.

Olvidó FONPRECON que cuando se ordenó la incorporación de los servidores públicos al sistema general de pensiones, el Decreto 691 de 1994 en el párrafo de su artículo 1° dispuso, que esa incorporación se producía sin perjuicio de lo normado por el Decreto 1359 de 1993; es decir, que los Parlamentarios no se encontraban agregados al sistema general pensional creado por la Ley 100 de 1993. Además, el Acto Legislativo No. 1 de 2005 mantuvo vigentes los regímenes exceptuados y especiales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Fondo sostuvo, que el Régimen de Transición ampara a quienes al momento de entrar a regir la nueva disposición tenían expectativa de pensionarse con el régimen que traían y que la nueva ley deroga; por tanto, como el demandante hasta el momento de entrar en vigor la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994-, no ostentaba la calidad de Parlamentario, no era beneficiario del Régimen de Transición de Congressistas establecido en el Decreto 1293 de 1994. Sin embargo, es favorecido por el régimen de transición general previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, porque a su entrada en vigencia contaba con más de 40 años de edad y 15 años de servicio, por lo que para el estudio de su pensión se debe acudir a lo preceptuado por la Ley 71 de 1988.

Propuso las excepciones que denominó "*Firmeza del acto administrativo demandado*" teniendo en cuenta que contra el mismo no se interpuso recurso alguno; "*Cobro de lo no debido*" en razón a que no es legal pretender un reconocimiento pensional por fuera del ordenamiento; "*Imposibilidad jurídica del Fondo ... de reconocer derechos por fuera de la ley*", porque su actuar se debe sujetar a la ley; "*Buena fe*" referida a todas las pretensiones; "*Ausencia del interés jurídico por activa...*" pues a la fecha de presentación de la demanda ha actuado de buena fe y en cumplimiento de la ley; "*Imposibilidad jurídica del Fondo... para reconocer y pagar derechos y prestaciones por fuera del orden legal*" porque disponer de manera arbitraria de dineros es una conducta ilegal; y la "*genérica*".

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca mediante providencia de 29 de octubre de 2009, negó las súplicas de la demanda.

Señaló, que de conformidad con las probanzas allegadas al proceso se logró colegir, que el actor ingresó al Congreso de la República con

posterioridad a la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 y sin que con antelación a su expedición hubiera ostentado la calidad de Parlamentario.

Por manera, que de conformidad con el Decreto 1293 de 1994 y el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, el demandante no es beneficiario del Régimen de Transición de Congresistas como erradamente lo pretende, habida cuenta que carece de la cualificación subjetiva exigida y determinante para su reconocimiento, cual es la de tener la condición de Legislador antes del 1° de abril de 1994.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el actuante interpuso el recurso de alzada y solicitó su revocatoria.

Insistió, en que para ser beneficiario del Régimen de Transición de Congresistas plasmado en el Decreto 1293 de 1994 y por tanto tener derecho a la pensión especial señalada en el Decreto 1359 de 1993, no es necesario haber ostentado la calidad de Parlamentario con antelación al 1° de abril de 1994.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte actora** reiteró, que el régimen contemplado en el Decreto 1359 de 1993 para obtener la pensión especial de Congresista, tiene que ser aplicado a quienes reúnan los requisitos de edad y tiempo de servicios o cotizaciones, que en esta oportunidad se encuentran acreditados. Además, este Régimen Especial conserva su vigencia por disposición del párrafo del artículo 1° del Decreto 691 de 1994 y de igual manera, la eficacia de los regímenes especiales se extendió hasta el 31 de julio de 2010, porque así lo dispuso el Acto Legislativo No. 1 de 2005.

La **parte demandada** y el **Agente del Ministerio Público** no allegaron sus alegaciones finales.

CONSIDERACIONES

La controversia en esta oportunidad se contrae a establecer, si al demandante le asiste el derecho a que FONPRECON, quien le reconoció la pensión mensual vitalicia de jubilación, proceda a su reliquidación en aplicación del Régimen de Transición de los Congresistas, teniendo en cuenta que laboró como Senador de la República desde el **23 de julio hasta el 23 de octubre de 2003** y que había obtenido el reconocimiento pensional por el Seguro Social.

En razón a que el debate gira en torno a la aplicación del Régimen de Transición de los Parlamentarios a quien ya se encontraba disfrutando de su pensión de jubilación reconocida por otra entidad pensional; se torna en necesario realizar el recuento y análisis de las normas que regulan el reconocimiento pensional de los Legisladores, para luego examinar si con fundamento en dicha normativa y estudiadas las probanzas que reposan en el expediente, al actor le asiste la razón en lo que pretende.

DEL RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS CONGRESISTAS

Pues bien, **la Ley 4ª de 1992**, señaló al Gobierno Nacional, tal como lo indica el literal c) de su artículo 1º y su artículo 2º, los objetivos y criterios que debe observar para fijar el régimen salarial y prestacional, entre otros, de los miembros del Congreso Nacional.

En su artículo 17¹, en términos generales prevé la posibilidad de que el Gobierno establezca un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones

¹ En la Sentencia C- 608 de 23 de agosto de 1999, la Corte Constitucional declaró exequible en forma condicionada el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, considerando que el trato especial para los Congresistas en cuanto a su remuneración, tiene origen en el artículo 187 de la Carta Política, por lo que para el mismo Constituyente no resulta indebido que para ellos se establezca en consideración a su función, un régimen diferente al general aplicable a los demás servidores públicos. Estimó además, que mientras el Legislador no consagre disposiciones desproporcionadas o contrarias a la razón, puede prever regímenes especiales en material salarial y prestacional, como el de Senadores y Representantes que *“encuentra justificación en la función atribuida a los miembros del Congreso, en su obligatoria dedicación exclusiva y en la alta*

para los Senadores y Representantes, que **no puede ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que devenguen los Congresistas**, de la siguiente manera:

“Artículo 17. *El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los representantes y senadores. Aquellas y éstas no podrán ser 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]².*

Parágrafo. *La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que [por todo concepto]³ devenguen los representantes y senadores en la fecha en que se decrete la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva”.*

Fue así como en ejercicio de dichas facultades, el Presidente de la República, expidió el **Decreto 1359 de 1993⁴**, que estableció el **Régimen Especial de Pensiones, reajustes y sustituciones** aplicable a quienes a partir de la vigencia de la Ley 4^a de 1992, **tengan la calidad de Senador o Representante a la Cámara⁵**.

responsabilidad que les corresponde, así como en el estricto régimen de incompatibilidades previsto en la Constitución”.

² 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”, fueron declaradas **inexequibles por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 7 de mayo de 2013**. Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³ La locución “por todo concepto” fue declarada **inexequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 7 de mayo de 2013**. Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴ Decreto 1359 de 13 de julio 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**”.

⁵ Artículo 1°. “**AMBITO DE APLICACIÓN.** *El presente Decreto establece integralmente y de manera especial, el régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas, que en lo sucesivo se aplicará a quienes a partir de la vigencia de la Ley 4^a de 1992, tuvieren la calidad de Senador o Representante a la Cámara*”.

Dicho Decreto en su **artículo 1º** señaló, que **este Régimen “en lo sucesivo se aplicará a quienes a partir de la vigencia de la Ley 4ª de 1992, tuvieren la calidad de Senador o Representante a la Cámara”⁶.**

En su **artículo 4º** prescribió, que para que un Congresista pueda acceder a la aplicación de dicho Régimen Especial, debe **“Encontrarse afiliado a la Entidad Pensional del Congreso⁷ y estar efectuando cumplidamente las cotizaciones o aportes respectivos a la misma”**, al igual que **“Haber tomado posesión de su cargo”**.

Y en el Parágrafo de este artículo se estableció, que de igual manera accederán a dicho Régimen Pensional Especial, **“... los Congresistas que al momento de su elección estuvieren disfrutando de su pensión vitalicia de jubilación”** decretada por cualquier entidad del orden nacional o territorial, siempre que cumplieren las condiciones y requisitos establecidos en el **inciso 2º del artículo 1º de la Ley 19 de 1987⁸.**

Los artículos 5º y 6º⁹ referentes al Ingreso Básico para la Liquidación de la pensión y al Porcentaje Mínimo de la misma, respectivamente señalan, que para liquidar las pensiones al igual que los reajustes y las sustituciones, se tendrá en cuenta **el ingreso mensual promedio que devenguen los Congresistas en ejercicio a la fecha en que se decreta la prestación**, dentro del cual serán especialmente incluidos el sueldo

⁶ La Ley 4ª de 1992, en su artículo 22 dispone que rige a partir de la fecha de su promulgación, que lo fue el 18 de mayo de 1992, en el Diario Oficial No. 40451.

⁷ De conformidad con lo dispuesto por el artículo 2º del Decreto No. 1359 de 1993, el Fondo de Previsión Social del Congreso se denominó Entidad Pensional del Congreso, para los efectos de dicho Decreto.

⁸ Esta disposición norma el evento del Parlamentario reincorporado, pues señala que 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 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.**

⁹ Se resalta que estos artículos sufrieron modificaciones, en razón de que la Corte Constitucional en la **Sentencia C-258 de 2013**, declaró la inexecutable de varias expresiones contenidas en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992; por manera, que del artículo 5º se debe excluir la dicción **“último año que por todo concepto”** y del artículo 6º se deben suprimir los vocablos **“durante el último año”** y **“por todo concepto”**.

básico, los gastos de representación, la prima de localización y vivienda, prima de transporte, prima de salud, prima de navidad y toda otra asignación de la que gozaren¹⁰; liquidación que en ningún caso ni en ningún tiempo puede ser inferior al **75% del ingreso mensual promedio que devenguen los Congresistas en ejercicio**, ni estará sujeta al límite de cuantía a que hace referencia el artículo 2º de la Ley 71 de 1988¹¹.

Su **artículo 7º**, definió el derecho a la pensión vitalicia de jubilación, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 7o. DEFINICIÓN. Cuando quienes en su condición de Senadores o Representantes a la Cámara, lleguen o hayan llegado a la edad que dispone el artículo 1o, parágrafo 2o de la Ley 33 de 1985 y adicionalmente cumplan o hayan cumplido 20 años de servicios, continuos o discontinuos en una o en diferentes entidades de derecho público incluido el Congreso de la República, o que los hayan cumplido y cotizado en parte en el sector privado y ante el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, conforme a lo dispuesto en el artículo 7o de la Ley 71 de 1988, tendrán derecho a una pensión vitalicia de jubilación que no podrá ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio, que **[durante el último año] [y por todo concepto]**¹² devenguen los Congresistas en ejercicio, de conformidad con lo establecido en los artículos 5o y 6o del presente Decreto.

(...).”

¹⁰ Al respecto debe tenerse en cuenta, que como **factores de liquidación de la pensión, sólo pueden tomarse “aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieran realizado las cotizaciones respectivas al sistema de pensiones”**, de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013 que declaró la inexecutable de las expresiones “y por todo concepto” y “por todo concepto” contenidas en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 y en consideración a que condicionó la exequibilidad del resto de dicha norma bajo ese entendido.

¹¹ Ley 71 de 1988. **Artículo 2º** “Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual, ni exceder de quince (15) veces dicho salario; salvo lo previsto en convenciones colectivas, pactos colectivos y laudos arbitrales”.

¹² Se destaca que esta norma igualmente sufrió modificaciones en razón de que la Corte Constitucional en la **Sentencia C-258 de 2013**, declaró la inexecutable de varias expresiones contenidas en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992; lo que significa, que de su texto se deben excluir las locuciones “durante el último año” y “por todo concepto”.

Por manera, que al Parlamentario le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación en el **75% del ingreso mensual promedio que devenguen los Congresistas en ejercicio**, cuando en tal condición cumpla con la edad, que ha de entenderse **es de 50 años**¹³ y con el tiempo de servicios de 20 años.

Como lo informa su artículo 8º en armonía con el Parágrafo del artículo 4º, los Senadores y Representantes a la Cámara pensionados y vueltos a elegir, que al momento de tomar posesión de su cargo hubieren tenido que renunciar temporalmente al disfrute de su pensión vitalicia de jubilación, decretada por cualquier entidad de derecho público; al terminar su gestión como Congresistas, “... *la seguirán percibiendo de la Entidad Pensional del Congreso, de conformidad con las disposiciones del presente régimen siempre que a la vigencia de este Decreto, hubieren adquirido tal derecho según lo establecido en el artículo 1º, inciso 2º de la Ley 19 de 1987*”.

Ahora bien, con fundamento en el artículo 48 de la Carta Política, se expidió la **Ley 100 de 1993**¹⁴, que en su artículo 273, en relación con el régimen aplicable a los servidores públicos, preceptuó que el Gobierno Nacional, en acatamiento a lo dispuesto por los artículos 36 y 11 de dicha Ley, podía incorporar al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, respetando los derechos adquiridos a los servidores públicos, aún a los Congresistas.

¹³ Tal como la Sección lo consideró en anteriores oportunidades en Sentencia de 29 de mayo de 2003. Expediente 3054-2002. Consejero Ponente Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado; Sentencia de 12 de febrero de 2009. Expediente 1732-2008. Consejera Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez; Sentencia de 14 de octubre de 2010. Expediente 2036-2008. Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila; la edad a la que hace referencia el artículo 7º del Decreto 1359 de 1993, es de 50 años en razón a que no es la indicada en la regla general de la Ley 33 de 1985, sino la señalada en el Parágrafo 2º de su artículo 1º, que remite a la norma especial que rige con anterioridad, que no es otra, que el Decreto 1723 de 1964, que en el literal b) de su artículo 2º, exige la edad de **50 años** para efecto de obtener la pensión de jubilación.

¹⁴ Ley 100 de 1993 “*Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones*”. Esta Ley empezó a regir el 1º de abril de 1994.

El Gobierno ejerció la facultad de incorporación otorgada, mediante el Decreto 691 de 1994¹⁵, que en el literal b) de su artículo 1° en asocio con el artículo 2°, prescribió que **a partir del 1° de abril de 1994**, los servidores públicos del Congreso quedaban vinculados al nuevo Sistema General de Pensiones que fue previsto en la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de lo dispuesto por el Decreto 1359 de 1993 y las normas que lo modifiquen y adicionen.

Y en su artículo 2° dispuso, que dicho sistema para los servidores públicos del orden nacional incorporados en virtud de su artículo 1° comenzaba a regir a partir del 1° de abril de 1994.

Posteriormente, el **Decreto 1293 de 1994**¹⁶, en concordancia con lo establecido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 e invocando el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, **fijó el Régimen de Transición de los Congressistas**, de los empleados del Congreso y del Fondo de Previsión Social del Congreso -Fonprecon-.

En su artículo 1° señaló, que el Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993 se aplica a dichos servidores, con excepción de los cubiertos por este Régimen de Transición.

En el artículo 2°, dispuso que los Senadores, los Representantes, los empleados del Congreso de la República y los empleados de Fonprecon, tendrán derecho a los beneficios del Régimen de Transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, **siempre que a 1° de abril de 1994**, hayan reunido alguno de los siguientes requisitos: a) haber cumplido 40 o más años de edad, si son hombres, o 35 o más años de edad, si son mujeres o, b) haber cotizado o prestado servicios durante 15 años o más.

¹⁵ Decreto 691 de 29 de marzo de 1994 “*Por el cual se incorporan los servidores públicos al Sistema General de Pensiones y se dictan otras disposiciones*”.

¹⁶ Decreto 1293 de 24 de junio de 1994 “*Por el cual se establece el régimen de transición de los senadores, representantes, empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión Social del Congreso y se dictan normas sobre prestaciones sociales y económicas de tales servidores públicos*”.

Se resalta que el Parágrafo del artículo 2° del Decreto 1293 de 1994, fue declarado nulo por el Consejo de Estado en Sentencia de 27 de octubre de 2005, radicado: 5677-03, actor: Jorge Manuel Ortiz Guevara, Consejera Ponente Dra. Ana Margarita Olaya Forero¹⁷.

El aludido Decreto en el artículo 3° indica, que cuando los Senadores y Representantes, cumplan **con alguno** de los requisitos previstos en el artículo 2° para acceder al Régimen de Transición, tendrán derecho al reconocimiento de su pensión de jubilación cuando reúnan los requisitos de edad y tiempo de servicios o número de semanas cotizadas establecidos por el Decreto 1359 de 1993, es decir, con la edad de 50 años¹⁸ y con el tiempo de servicios de 20 años, así como el monto de la pensión, forma de liquidación de la misma e ingreso base de liquidación establecidos en el mismo Decreto¹⁹.

El **Decreto 816 de 2002²⁰**, en su artículo 11, en lo que concierne a la liquidación de la pensión para Congresistas en Régimen de Transición de Congresistas, dispuso que dicha liquidación y la pensión que corresponda

¹⁷ En la misma dirección la Corte Constitucional consideró en las conclusiones de la **Sentencia C-258 de 2013**, que “...resulta claro que el régimen dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, es constitucional si se entiende que: (i) no puede extenderse el régimen pensional allí previsto, a quienes con anterioridad al 1° de abril de 1994, lo cual incluye lo establecido en el artículo 2 del Decreto 1293 de 1994, no se encontraren afiliados al mismo, ...”.

¹⁸ Tal como la Sección lo consideró en anteriores oportunidades en Sentencia de 29 de mayo de 2003. Expediente 3054-2002. Consejero Ponente Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado; Sentencia de 12 de febrero de 2009. Expediente 1732-2008. Consejera Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez; Sentencia de 14 de octubre de 2010. Expediente 2036-2008. Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila; la edad a la que hace referencia el artículo 7° del Decreto 1359 de 1993, es de 50 años, en razón a que no es la indicada en la regla general de la Ley 33 de 1985, sino la señalada en el Parágrafo 2° de su artículo 1°, que remite a la norma especial que rige con anterioridad, que no es otra, que el Decreto 1723 de 1964, que en el literal b) de su artículo 2°, exige la edad de **50 años** para efecto de obtener la pensión de jubilación.

¹⁹ Que debe entenderse con las modificaciones que fueron incorporadas con ocasión de la **Sentencia C-258 de 2013 de la Corte Constitucional**, que declaró la inexecutable de varias locuciones del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992.

²⁰ Decreto 816 de 25 de abril de 2002 “Por el cual se dictan normas para el reconocimiento, liquidación, emisión, recepción, expedición, administración, redención y demás condiciones de los bonos pensionales del Fondo de Previsión Social del Congreso y se dictan otras disposiciones en materia de pensiones”.

a los sustitutos pensionales, no puede ser inferior al **75% del ingreso promedio mensual que haya percibido dicho Congresista**²¹.

Y en su Parágrafo²², estableció los eventos en los cuales de conformidad con los Decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994, **no** se tiene derecho a la aplicación de dicho Régimen de Transición. La Sala advierte, que este **Parágrafo fue declarado nulo en su totalidad** por la Sección²³, al igual que el inciso 1º del artículo 17 del Decreto en mención, modificado por el artículo 1º del Decreto 1622 de 2002, que hace alusión a los Congresistas en el Régimen General de Pensiones.

En su artículo 12, hizo referencia a la Reliquidación de Pensiones para Congresistas en Régimen de Transición de Congresistas y en su artículo 13 contempló el Reajuste de Pensiones²⁴.

²¹ Se destaca que esta norma igualmente sufrió modificaciones en razón de que la Corte Constitucional en la **Sentencia C-258 de 2013** declaró la inexecutable de varias expresiones contenidas en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992; lo que significa que de su texto se debe excluir la frase **“durante el último año calendario de servicio”**.

²² El texto del Parágrafo es el siguiente: *“De conformidad con los Decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994, no tienen derecho a la aplicación del régimen de transición de congresistas las personas que: a) Se hubieren trasladado al Régimen de Ahorro Individual; b) Hubieren sido elegidos como congresistas por primera vez para la legislatura de 1998 y posteriores o que habiendo sido elegidos en legislaturas anteriores, no hubiesen tomado posesión del cargo; c) Los congresistas que hubieren tenido tal calidad con anterioridad a la legislatura de 1998 pero al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones se encontraban vinculados a otro régimen; d) Quienes teniendo el régimen de transición de congresistas no se pensionen como congresistas, salvo el caso previsto en el artículo 14 del presente decreto”*.

²³ El **Parágrafo del artículo 11 del Decreto 816 de 2002**, fue declarado **nulo** por el Consejo de Estado en Sentencia de 2 de abril de 2009, radicado: 5678-03, actor: Jorge Manuel Ortiz Guevara, Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

²⁴ Estas disposiciones se entienden modificadas según lo dispuesto por la Corte Constitucional en la **Sentencia C-258 de 2013** que 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 artículo 17 de la Ley 4ª de 1992.

ANÁLISIS DE LA NORMATIVA PENSIONAL DE LOS CONGRESISTAS

Del estudio sistemático de las disposiciones reseñadas infiere la Sala, como ya lo hizo en anterior oportunidad²⁵, 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, 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 4º²⁶.**

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 4ª 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

²⁵ Sentencia de 3 de mayo de 2002. Expediente 1276-2001. Actor: Oscar Emilio Vinasco Vinasco. Consejero Ponente Dr. Alberto Arango Mantilla.

²⁶ En esta misma dirección la Corte Constitucional en la **Sentencia C-258 de 2013** consideró, *“Esta Corporación declarará la inexecutable de las expresiones “y por todo concepto” y “por todo concepto”, contenidas en el inciso primero y en el parágrafo, 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 executable 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”.***

vinculados a la entidad de la cual derivan de manera directa e indefectible la especialidad del ordenamiento cuya aplicación se alega.

Lo contrario sería pretender que la labor de un servidor por unos cuantos meses en la entidad amparada con un régimen especial, lo revista de sus beneficios; con lo que a todas luces, se estaría habilitando la incursión en la práctica ilegal comúnmente denominada carrusel pensional²⁷.

Ello, aunado a que en atención al principio de inescindibilidad, en estas materias que revisten especial trascendencia social, no son admisibles las interpretaciones aisladas y fragmentarias de la norma, tomando solo apartes de sus contenidos, para aplicarlas a ciertos presupuestos de hecho; pues, sin lugar a dudas, ello implica el quebrantamiento del orden normativo establecido, que debe ser analizado y aplicado en su conjunto, so pena de incurrir en el desconocimiento de su verdadero espíritu.

Y, en lo que concierne al **Régimen de Transición de los Congresistas**, establecido por el **Decreto 1293 de 1994**, 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 Ley²⁸; tal como lo determinó la Sección²⁹, extiende su cobertura **a quien siendo Congresista para el 1°**

²⁷ En igual sentido la Corte Constitucional en la **Sentencia C-608 de 1999** consideró, que se rompe el equilibrio mínimo y de paso se afecta el derecho a la igualdad, cuando se puede acceder a la pensión jubilatoria con un tiempo de ejercicio en la actividad congresional que solo comprende pocos meses. Al efecto señaló “... sería contrario a los objetivos de la pensión y rompería un equilibrio mínimo, afectando el postulado de la igualdad, el hecho de que pudiese acceder a la pensión, tomando el promedio que en general devengan los congresistas durante el mencionado periodo, si el promedio personal y específico es distinto, por ejemplo cuando el tiempo de ejercicio del Congresista cubre apenas unos pocos meses”.

²⁸ 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”.

²⁹ 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

de abril de 1994 -vigencia de la 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.

De esta suerte, para ser destinatario del Régimen de Transición de Congresistas, se requiere de una condición imprescindible, que no es otra que ostentar la calidad de Parlamentario a la fecha en que entra en vigor el Régimen General de Transición, circunstancia que no puede ser omitida.

En otras palabras, es preciso determinar en cada caso en particular, si se reúnen los requisitos de ley necesarios para ser beneficiario del Régimen de Transición y ello se torna en absolutamente necesario, porque el hecho de estimar que se es beneficiario del régimen, con ocasión de haber sido miembro del cuerpo legislativo por escasos meses, no implica que la pensión jubilatoria se deba reliquidar con sujeción al mismo.

El Régimen de Transición de los Congresistas se constituye entonces, en la proyección del **status jurídico favorable adquirido en el pasado, 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.

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 consolidación³⁰.

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.

³⁰ 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 (...)”*.

Por manera, que la extensión en forma indiscriminada de un régimen de transición a beneficiarios que ya han consolidado *status* jurídico, representa una instancia de violación de la ley por indebida aplicación de la misma, en razón a que sin que exista causa jurídica alguna, una situación gobernada y constituida a la luz del efecto cumplido, se reintegraría a una ley expedida posteriormente, para extraer de esta última unas consecuencias no previstas por el Legislador, con lo que además de quebrantar el sistema jurídico correspondiente, se establece un sistema privilegiado, que en el caso específico de la seguridad social por razones pensionales, emerge totalmente extraño a lo previsto por el propio Constituyente, para el caso de lo reglado en el artículo 48 de la Carta Política conforme a las modificaciones del Acto Legislativo 1 de 2005, que integró al mundo de la seguridad social en materia pensional, el principio de la sostenibilidad financiera del sistema, que se proyecta en que en la liquidación de las pensiones, sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado cotización.

De igual modo se evidencia una clara vulneración de la ley por su aplicación indebida, cuando el Régimen de Transición Congresional se aplica a quienes ni si quiera 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 ese 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.

En otros términos, el manejo no riguroso del régimen de transición a la luz de la Constitución vigente, además de la situación de discriminación positiva carente de causa, contribuye a desarticular principios constitucionales básicos para la sostenibilidad del sistema financiero de la seguridad social, lo cual a la postre degenera en la ocurrencia de

beneficios pensionales de gracia, que a todas luces representan una carga injustificada para todos los ciudadanos que aportan al sistema.

En atención a las anteriores precisiones en cuanto al Régimen Especial y de Transición de los Congresistas, procede la Sala a definir la situación particular del accionante.

CASO CONCRETO

Está probado al interior del proceso que el demandante prestó sus servicios a la Asamblea de Cundinamarca del 1° de octubre al 8 de diciembre de 1966; a la Contraloría de Bogotá del 7 de febrero de 1967 al 9 de marzo de 1968; a CAPRECUNDI hoy EPS Convida desde el 7 de octubre de 1970 hasta el 16 de julio de 1971; a la Asamblea de Cundinamarca del 1° de octubre de 1988 al 30 de noviembre de 1989, del 1° de octubre de 1989 a 30 de septiembre de 1990 y del 1° de octubre de 1992 al 1° de octubre de 1993; a la Gobernación de Cundinamarca del 12 de enero al 30 de agosto de 1995; en la Constructora A y CSA durante varios periodos. (fls. 45 a 47, 48, 49, 52, 53 y 73).

Luego se desempeñó como **Senador de la República** desde el 23 de julio hasta el 23 de octubre de **2003**. (fl. 66).

Nació el 24 de diciembre de 1942. (fl. 40).

El 29 de julio de 2005 por medio de Resolución No. 024915, el Instituto de Seguros Sociales le concedió la pensión de jubilación a partir del 1° de enero de 2003 en cuantía de \$1.846.025. (fl. 57).

El 8 de agosto de 2005 solicitó ante el Seguro Social, la suspensión del trámite del reconocimiento pensional, por considerar que le asistía un mejor derecho con FONPRECON, al haber ocupado temporalmente -en

reemplazo de una licencia-, una curul en el Senado de la República por el término de 3 meses. (fl. 55).

Por Resolución No. 29097 de 22 de septiembre de 2005, el I.S.S. resolvió suspender la pensión reconocida. (fl. 57).

En Resolución No. 15233 de 12 de abril de 2007 dicho Instituto dejó sin efectos la Resolución No. 024915, que reconoció la pensión jubilatoria. (fl. 112).

Y por Resolución No. 1440 de 1° de agosto de 2007 FONPRECON le reconoció la pensión vitalicia de jubilación por aportes en la suma de \$3.628.567,78, a partir del 7 de febrero de 2004. (fls. 2 a 9).

De las anteriores probanzas la Sala infiere, que el demandante prestó sus servicios en varias entidades públicas entre los años **1966 a 1995** y luego en calidad de **Senador** desde el 23 de julio hasta el 23 de octubre de **2003**; con lo que el Seguro Social, en julio de 2005, le reconoció su pensión jubilatoria, que con posterioridad y sin fundamento legal el Fondo asumió en el año 2007.

Con lo anterior, es entonces evidente que en su caso particular, no se cumplen los presupuestos de hecho requeridos para la aplicación del Régimen Pensional de los Congresistas; concretamente de su Régimen de Transición.

En efecto, aunque para el 1° de abril de 1994, fecha de vigencia de la Ley 100 de 1993, superó la edad de 40 años; lo cierto es, que en esa época no era miembro del cuerpo legislativo, condición que, como se analizó en apartado precedente, es indispensable para ser beneficiario de dicho régimen, pues como se indicó, está probado que inició su actividad Parlamentaria sólo a partir del año **2003**, es decir, mucho tiempo después de entrar en vigencia la aludida Ley; situación que lo ubica como destinatario del régimen de transición general.

Se debe recordar, como se estableció en párrafo antecedente, que el Régimen de Transición de los Parlamentarios está encaminado a brindar protección a las expectativas de quienes se encontraban prestando sus servicios como Congresistas a la fecha de vigencia de la Ley que regula el sistema general de pensiones.

Además, no se puede perder de vista, como atrás se anotó, que aunque sin duda, por intermedio del Decreto 691 de 1994, el Gobierno ejerció la facultad de incorporación sin perjuicio de lo dispuesto por el Decreto 1359 de 1993, debe quedar muy claro a quién es que esta normativa gobierna; por manera, que si es verdad, como lo es, que el Régimen Especial de los Legisladores, extiende sus preceptivas a quien funge como Parlamentario a partir de la vigencia de la Ley 4ª de 1992 y el actor solo laboró por primera vez como Congresista a partir del año 2003, cuando ya se encontraba en vigor el régimen general pensional, es evidente que tampoco lo ampara ese Régimen Especial.

De acuerdo con lo indicado se encuentra, que no le asiste razón al actor cuando invoca para efecto de obtener la reliquidación de su pensión de jubilación, la aplicación del Régimen Pensional de los Parlamentarios, a fin de que se realice con el 75% del ingreso promedio mensual que *“durante el último año y por todo concepto”*³¹ devenguen los Congresistas a la fecha en la que se decretó la prestación.

En este orden, el reconocimiento de la pensión jubilatoria debe ser reasumido por la entidad que venía reconociendo la obligación pensional antes de que se produjera la conmutación.

Con lo anterior, se confirmará la decisión del *a quo*, que denegó las súplicas de la demanda.

³¹ Expresiones que por demás, fue declaradas inexecutable por la Corte Constitucional en la aludida Sentencia C-258 de 2013.

Actor: Jesús Octavio Acosta Sánchez
Expediente No. 25000-23-25-000-2007-01255-01 (0582-2010)

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

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 29 de octubre de 2009, que negó las pretensiones de la demanda promovida por el señor JESÚS OCTAVIO ACOSTA SANCHEZ contra el FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA - FONPRECON -, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

Actor: Jesús Octavio Acosta Sánchez
Expediente No. 25000-23-25-000-2007-01255-01 (0582-2010)