



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. 25000-23-25-000-2008-00859-01 (2695-2011)

Actor: ÁLVARO PAVA CAMELO C/ FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA -FONPRECON-.

AUTORIDADES NACIONALES

- F A L L O -

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia de 19 de julio de 2011 proferida por la Sección Segunda, Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las súplicas de la demanda instaurada por el señor ÁLVARO PAVA CAMELO, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos expedidos por el FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL

CONGRESO DE LA REPÚBLICA -FONPRECON-, mediante los cuales se le negó la reliquidación de la pensión de jubilación.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el señor ÁLVARO PAVA CAMELO, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a fin de obtener la nulidad de la Resolución No. 709 de 20 de junio de 2008 por medio de la cual se le negó la solicitud de reliquidación de la pensión y de la Resolución No. 839 de 14 de julio de 2008, que al desatar el recurso de reposición, confirmó la anterior, ambas emitidas por la Dirección General del Fondo.

A título de restablecimiento del derecho solicitó, que se le ordene a FONPRECON *“reconocerle y pagarle... la pensión especial a la que como ex congresista le corresponde y en la cuantía a que tiene derecho a partir del momento en que reunió los requisitos para ello”*, como también los reajustes legales, intereses e indemnización moratoria y de perjuicios morales y materiales causados con la expedición de los actos demandados; que las sumas reconocidas sean indexadas según el IPC certificado por el DANE o el organismo autorizado para ello, en los términos del artículo 176; que se de cumplimiento a la sentencia según lo disponen los artículos 176 y 177 C.C.A.; y, que se condene en costas.

Relató el actor en el acápite de **hechos**, que prestó sus servicios al Estado por más de 20 años, siendo el último cargo desempeñado el de Senador de la República hasta el 19 de julio de 1994.

FONPRECON a través de la Resolución No. 1175 de 19 de septiembre de 2003 le reconoció la pensión de jubilación, pero en una cuantía inferior a la que le correspondía como Parlamentario.

Inconforme, solicitó la reliquidación pensional según lo dispuesto por los artículos 17 de la Ley 4ª de 1992 y 1º, 4º, 5º, 6º, y 7º del Decreto 1359 de 1993.

El Fondo por medio de la Resolución No. 709 de 20 de junio de 2008 negó la petición reliquidatoria, negativa que fue confirmada vía recurso de reposición por medio de la Resolución No. 839 de 14 de julio de la misma anualidad.

La denegación injustificada del demandado ha ocasionado serios perjuicios morales y materiales tanto a él como a su familia.

Invocó como **normas violadas** los artículos 1º, 2º, 4º, 13, 17, 46 y 53 de la Constitución Política; 17 de la Ley 4º de 1992; 5º 6º y 7º del Decreto 1359 de 1993; 2º, 3º y 9º del Decreto 1293 de 1994 y 36 de la Ley 100 de 1993.

Señaló, que la Ley 4ª de 1992 facultó al Gobierno para que estableciera un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones para los Representantes y Senadores, de tal forma que dichas pensiones no podían ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devengue un Congresista a la fecha del reconocimiento. Recogiendo este mandato legal, rezan los artículos 5º, 6º y 7º del Decreto 1359 de 1993.

Por su parte, el Decreto 1293 de 1994 que regula el Régimen de Transición dispone, que quienes cumplieran 40 años de edad y prestaran servicios durante 15 años a 1º de abril de 1994, tendrían derecho al reconocimiento del 75% ya mencionado, a pesar de haber sido elegidos como Parlamentarios con anterioridad a dicha fecha. Ello significa, que quien se encuentre, como en su caso, dentro del aludido régimen, tiene derecho a que se le respete la edad, el

tiempo y el monto pensional en el 75% del ingreso mensual devengado por un Congresista, sin consideración a la situación particular.

De igual forma, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció, que los varones con 40 años o más de edad y 15 o más años cotizados al 1° de abril de 1994, pueden jubilarse de conformidad con las anteriores disposiciones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

FONPRECON se opuso a las pretensiones del libelo. Al efecto manifestó, que la discrepancia en esta oportunidad se centra en determinar si conforme al artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, el ingreso base de liquidación de la pensión para los Congresistas corresponde al promedio individualmente considerado tal como lo aplicó en el acto acusado, o si por el contrario, como lo pretende el actor, corresponde al promedio que devenguen en general los Parlamentarios en ejercicio al momento de ser reconocida la pensión, sin tener en cuenta el promedio individual del servidor.

Propuso como excepciones las que denominó *“Falta del litisconsorte necesario”* como quiera que en el pago de la pensión de jubilación se encuentra involucrado el I.S.S., quien debe ser llamado al proceso de conformidad con el artículo 97 del C.P.C.; *“Cobro de lo no debido e Inexistencia de la obligación”* al demostrarse que no existe causal de nulidad alguna; *“Prescripción de las mesadas”* porque en caso que el petente tuviera derecho al reajuste solicitado, se debe aplicar sobre las causadas con anterioridad a los 3 años contados a partir de la reclamación que se elevó el 8 de mayo de 2008.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca en sentencia de 19 de julio de 2011, luego de declarar la improsperidad de los medios exceptivos propuestos, denegó las súplicas de la demanda.

Señaló, que conforme a lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 y la jurisprudencia proferida en la materia, es claro que para la liquidación de la pensión de jubilación se debe tener en cuenta *“...todo lo devengado por el Congresista durante el último año de servicio, anterior al reconocimiento de la pensión y no como lo refiere el actor, sobre el 75% del ingreso que por todo concepto devengue un congresista a la fecha del reconocimiento de la prestación”*.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora interpuso el recurso de alzada.

Como sustento argumentó en síntesis, que de conformidad con el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, el monto pensional para quienes se pensionen con posterioridad a la vigencia de esta ley y tengan derecho al Régimen de Transición, será igual al 75% de lo que gane un Parlamentario a la fecha del reconocimiento de la pensión, sin tener en cuenta lo devengado por el Congresista individualmente considerado. Al efecto, transcribió jurisprudencia sobre la materia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte demandante** reitera el sustento de la apelación.

La **parte demandada** indica, que el reconocimiento pensional tal como lo elaboró es legal y constitucionalmente correcto, en concordancia con la sentencia C-608 de 1999 proferida por la Corte Constitucional.

El **Agente del Ministerio Público**. No allegó sus alegaciones finales.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico en esta oportunidad se contrae a determinar, si al demandante con ocasión de haber laborado al servicio del Congreso de la República en condición de Senador desde **1990** hasta **1994**; le asiste el derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación en aplicación del Régimen Especial de Congresistas, en el 75% del ingreso promedio mensual que durante el último año de servicios y por todo concepto devengue el Parlamentario a la fecha en la que se decretó la prestación.

Habida cuenta que el actor invoca como fundamento de su *petitum* la aplicación del Régimen Pensional de los Congresistas; se hace entonces necesario su recuento y análisis, para luego examinar si con fundamento en las probanzas que reposan en el proceso, le asiste la razón en lo que pretende.

DEL RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS CONGRESISTAS

En cuanto a este régimen y para lo que interesa a fin de desatar la litis planteada, aparece en el panorama normativo **la Carta Política de 1991**, que **en los literales**

e) y f) del numeral 19 de su artículo 150, atribuyó al Legislador competencia para dictar normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de **los miembros del Congreso Nacional** y de la Fuerza Pública, así como para regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

El Legislador ejerció esta atribución mediante la expedición **de la Ley 4ª de 1992**, en la que 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 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.*”**

¹ En 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 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**

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 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 4^a de 1992, tuvieren la calidad de Senador o Representante a la Cámara”⁵**.

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 Congreso⁶ y estar efectuando cumplidamente las cotizaciones o aportes respectivos a la misma”**, al igual que **“Haber tomado posesión de su cargo”**.

Constitucional en la Sentencia C-258 de 7 de mayo de 2013. Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³ La expresión **“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 La Ley 4^a 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.

⁶ 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.

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 2° del artículo 1° de la Ley 19 de 1987.

Los artículos 5° y 6°⁷ 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 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 gozaren⁸; 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 2° de la Ley 71 de 1988⁹.

⁷ 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 5° se debe excluir la dicción “*ultimo año que por todo concepto*” y del artículo 6° se deben suprimir los vocablos “*durante el último año*” y “*por todo concepto*”.

⁸ Al respecto debe tenerse en cuenta, que como **factores de liquidación de la pensión, sólo pueden tomarse “aqueellos 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 executable del resto de dicha norma bajo ese entendido.

⁹ Ley 71 de 1988. **Artículo 2°** “*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*”.

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]**¹⁰ devenguen los Congresistas en ejercicio, de conformidad con lo establecido en los artículos 5o y 6o del presente Decreto.*

(...)”.

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**¹¹ y con el tiempo de servicios de 20 años.

¹⁰ Se destaca que esta norma igualmente sufrió modificaciones en razón de que la Corte Constitucional en la **Sentencia C-258 de 2013**, declaró la inexequibilidad 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”**.

¹¹ 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.

Ahora bien, con fundamento en el artículo 48 de la Carta Política, se expidió la **Ley 100 de 1993**¹², 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.

El Gobierno ejerció la facultad de incorporación otorgada, mediante el Decreto 691 de 1994¹³, que en el literal b) de su artículo 1º en asocio con el artículo 2º, prescribió que a partir del 1º 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 adicione.

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

Posteriormente, el **Decreto 1293 de 1994**¹⁴, 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 Congresistas**, de los empleados del Congreso y del Fondo de Previsión Social del Congreso -Fonprecon-.

¹² 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.

¹³ 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*”.

¹⁴ 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*”.

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 su 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.

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 Forero¹⁵.

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 años¹⁶ y con el tiempo de servicios de 20 años, así como el

¹⁵ 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,...”.

¹⁶ 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

monto de la pensión, forma de liquidación de la misma e ingreso base de liquidación establecidos en el mismo Decreto¹⁷.

El **Decreto 816 de 2002**¹⁸, 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 a los sustitutos pensionales, no puede ser inferior al **75% del ingreso promedio mensual que haya percibido dicho Congresista**¹⁹.

Y en su Parágrafo²⁰, 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**

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.

¹⁷ 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 inexequibilidad de varias locuciones del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992.

¹⁸ 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”*.

¹⁹ Se destaca que esta norma igualmente sufrió modificaciones en razón de que la Corte Constitucional en la **Sentencia C-258 de 2013** declaró la inexequibilidad 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”*.

²⁰ 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”*.

declarado nulo en su totalidad por la Sección²¹, 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 Pensiones²².

ANÁLISIS DE LA NORMATIVA PENSIONAL DE LOS CONGRESISTAS

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, 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**

²¹ 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.

²² 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.

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

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.

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 pensional²⁵.

²⁴ 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 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 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”.*

²⁵ 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*

Lo anterior, 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 Ley²⁶; tal como lo determinó la Sección²⁷, extiende su cobertura **a quien siendo Congresista para el 1° 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.

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”.

²⁶ 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*”.

²⁷ 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 Montejó, Consejero Ponente Dr. Jaime Moreno García.

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, 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, 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 consolidación²⁸.

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.

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

²⁸ 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 (...)*”.

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 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 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 demandante.

CASO CONCRETO

Está demostrado en el expediente que el actor nació el 9 de mayo de 1953. (fl. 69 cdn. ppal.).

Que prestó sus servicios en el sector privado desde 1971 hasta 1991 y desde 1994 hasta 1995 en forma discontinua. Además, laboró para varias entidades públicas tales como la Comisión Nacional de Televisión desde el 14 de junio de 1995 hasta el 29 de abril de 1999 y en el Congreso de la República en calidad de **Senador** para el periodo **1990-1994**, en los siguientes lapsos: del 20 de julio de 1990 hasta el 31 de enero de 1991; **del 1° de diciembre de 1991 al 2 de enero de 1994**; y del 2 de abril hasta el 19 de julio de 1994. (fls. 145, 90 y 89 cdn. ppal.).

FONPRECON por Resolución No. 1175 de 19 de septiembre de 2003, le **reconoció la pensión mensual vitalicia de jubilación** en cuantía de \$10.566.921, efectiva a partir del 10 de mayo de 2003, día siguiente al que cumplió el requisito de la edad; ello en consideración a que el demandante a la fecha de retiro en calidad de Parlamentario, cumplió con el tiempo de servicios -22 años, 11 meses, 9 días- y con la edad de 50 años, de acuerdo con las normas que

establecen el Régimen Especial para los Congresistas, que les habilitan el acceso a la pensión mensual vitalicia de jubilación. (fls. 155 a 158 cdn. ppal.).

El Fondo certificó que el actor, en el mes de febrero de 2006, fue suspendido de la nómina de pensionados, con ocasión de su nombramiento en el cargo de Embajador de Colombia ante la República del Perú. Además aseveró, que la mesada pensional para el año 2006 correspondía a la suma de \$12.984.905 y para el año 2008 ascendía a \$14.687.585. (fls. 169 cdn. ppal.).

Luego el demandante pidió ante FONPRECON la reliquidación pensional y en el mismo escrito afirmó haber solicitado la suspensión de la pensión con ocasión de la posesión en calidad de Embajador, además, que haría efectivo el cobro pensional, una vez terminara su misión diplomática. (fls. 161 *infra* y 162 *supra* cdn. ppal.).

En Resolución No. 709 de 20 de junio de 2008, el Fondo negó la reliquidación de la pensión, en atención a que había sido liquidada conforme a las normas que regulan la materia y según la sentencia C-608 de 1999, en la que se consideró, que no puede entenderse que el ingreso mensual promedio se refiere a la totalidad de los rubros que de manera general y abstracta cobijan a todos los miembros del Congreso, sino que por el contrario, ese promedio se debe establecer en relación directa y específica con la situación del Parlamentario individualmente considerado, es decir, que refleje lo que el aspirante a la pensión ha recibido en su caso durante el último año. (fls. 170 a 172 cdn. ppal.).

Mediante Resolución No. 839 de 14 de julio de 2008, la anterior decisión, fue confirmada, acudiendo a los mismos argumentos. (fls. 190 a 194 cdn. ppal.).

De las anteriores probanzas la Sala infiere, que el demandante fungió como **Senador de la República** en forma discontinua así: del 20 de julio de 1990 al 31 de enero de 1991; del **1° de diciembre de 1991 al 2 de enero de 1994**; y del 2 de abril hasta el 19 de julio de 1994; con lo que es evidente que en su caso particular, **sí se cumplen los presupuestos de hecho requeridos para la aplicación del Régimen Especial de Congresistas**; pues tal como se infiere del análisis de la normativa pensional de los Parlamentarios que reposa en apartado precedente, **ostentó la calidad de Congresista desde el 1° de diciembre de 1991 hasta 2 de enero de 1994, es decir, que a partir de la vigencia de la Ley 4ª de 1992 -18 de mayo de 1992-, ejerció la actividad congresional.**

De esta suerte, la condición del actor no es la de aquellos Parlamentarios que pretenden beneficiarse de las reglas del Régimen Especial en razón del Régimen de Transición, en la búsqueda de la protección de una expectativa surgida antes de la expedición de la Ley 100 de 1994, por encontrarse en el ejercicio de la actividad congresional cuando se produjo el cambio normativo, sino que evidentemente, estaba desarrollando la actividad legislativa para el momento en el que entró en vigor la Ley 4ª de 1992.

Con lo que se tiene, que le asiste la razón a FONPRECON cuando reconoció la pensión de jubilación del actuante en acogimiento al Régimen Especial de los Congresistas; situación que a su turno, según los preceptos analizados en párrafos antecedentes -Parágrafo del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 y artículo 5° del Decreto 1359 de 1993-, lo habilita para obtener la reliquidación pensional y la fecha en la que se decretó la prestación, como expresamente tales normas lo disponen.

Se discrepa entonces de la decisión del Fondo, cuando negó la reliquidación de la pensión, porque si bien es cierto, que en materia pensional de los Parlamentarios, es necesario tener en cuenta la situación individual de cada uno de ellos, no lo es

menos, que este no resulta ser un argumento válido para desconocer el derecho reliquidatorio, de quien cumplía a cabalidad con el presupuesto exigido por el Régimen Especial de los Legisladores, consistente en estar ejerciendo la actividad congresional para la fecha de vigencia de la Ley 4ª de 1992, que de suyo implicó la afiliación al Fondo con la consecuente cotización.

Ahora bien, resulta de vital trascendencia advertir, que según lo señala la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 7 de mayo de 2013, como efecto inmediato de la misma “... **a partir del 1 de julio de 2013** y sin necesidad de reliquidación, **ninguna mesada pensional, con cargo a recursos de naturaleza pública, podrá superar el tope de los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por ello todas las mesadas pensionales deberán ser reajustadas automáticamente a este tope por la autoridad administrativa**”; lo cual significa, que el Fondo deberá reliquidar la pensión de jubilación del demandante en el 75% del ingreso mensual promedio que percibió a la fecha en la que se decretó la pensión de jubilación -año 2003-, teniendo en cuenta como factores de la liquidación pensional, **sólo** aquellos ingresos que recibió efectivamente con carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales realizó las cotizaciones respectivas y sin que en ningún momento, la reliquidación obtenida, exceda el referido tope, es decir, que no puede superar los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por los razonamientos expuestos se revocará la decisión del *a quo*, que denegó las súplicas de la demanda.

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,

FALLA

Primero. REVÓCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 19 de julio de 2011, que negó las pretensiones de la demanda promovida por el señor ÁLVARO PAVA CAMELO contra el FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA -FONPRECON-. En su lugar dispone,

Segundo. Declárase la nulidad de la Resolución No. 709 de 20 de junio de 2008 *“Por medio de la cual se niega la reliquidación de una pensión de jubilación. Radicado No. 0499/2008”*, y de la Resolución No. 839 de 14 de julio de 2008 *“Por la cual se resuelve un recurso de reposición radicado No. 792 de 2008”*, ambas emitidas por la Dirección General (E) del FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA -FONPRECON-.

Tercero. En consecuencia, se ordena al FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA -FONPRECON- proceda a efectuar la reliquidación de la pensión de jubilación del señor ÁLVARO PAVA CAMELO, **pero se le previene en el sentido, de que el monto de la misma no puede superar 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

Reconócese al Abogado Freddy Rolando Pérez Huertas como apoderado judicial del FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA - FONPRECON -, en los términos y para los efectos del poder conferido.

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