



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

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., quince (15) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 25000-23-25-000-2011-00314-01 (4409-2016)
Demandante: FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Demandado: LUIS GONZALO MARÍN CORREA

Temas: Reliquidación de pensión de excongresista. Aplicación de topes pensionales.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA – Decreto 01 de 1984

Sentencia SE. 032

ANTECEDENTES

La Subsección conoce del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 18 de agosto de 2016 por el Tribunal Administrativo

de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, que negó parcialmente las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El Fondo de Previsión Social del Congreso de la República¹, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó la nulidad de sus propios actos administrativos.

Pretensiones²

En la demanda se solicitó se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

a) Resolución 458 del 12 de abril de 1995 mediante la que FONPRECON reconoció un reajuste especial a la pensión del señor Luis Gonzalo Marín Correa en un porcentaje del 75% del ingreso mensual de un congresista para el año comprendido entre julio de 1993 y julio de 1994.

b) Resolución 748 del 23 de septiembre de 1997 que reconoció intereses moratorios sobre el reajuste especial correspondiente a los años 1994, 1995 y 1996.

2. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se ordene:

- Declarar que la pensión de jubilación reconocida al demandado a través de la Resolución 1338 del 19 de diciembre de 1994 se encuentra ajustada a derecho conforme la Ley 33 de 1985, la Ley 4.^a de 1992 y el Decreto 1359 de 1993, sin que tenga derecho a la reliquidación y al pago de los intereses moratorios.

- Ordenar al señor Marín Correa reintegrar a FONPRECON el valor efectuado por el reajuste y los intereses moratorios pagados desde el mes de diciembre de 1994 hasta el mes de mayo de 2008, por valor de \$272.417.646, incluidos los reconocidos en los

¹ En adelante FONPRECON.

² Folios 39 a 41.

actos enjuiciados.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS³

1. El Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, a través de la Resolución 1338 del 19 de diciembre de 1994, reconoció la pensión de jubilación en favor del señor Luis Gonzalo Marín Correa, quien prestaba sus servicios como congresista, con fundamento en la Ley 4.^a de 1992 y el Decreto 1359 de 1993.

2. FONPRECON, mediante Resolución 458 del 12 de abril de 1996, otorgó la reliquidación de la prestación social en un porcentaje del 75% del ingreso mensual promedio de un parlamentario, a partir del 19 de diciembre de 1994. También ordenó el pago del retroactivo de los dineros desde el reconocimiento pensional.

3. Por petición del señor Marín Correa, la entidad otorgó los intereses moratorios por los reajustes reconocidos por los años 1994, 1995 y 1996 con la expedición de la Resolución 748 del 23 de septiembre de 1997. El total de lo pagado al demandado asciende a la suma del \$272.417.646.oo.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN⁴

En la demanda se invocaron como normas violadas las siguientes: Artículos 4.^o, 8.^o, 17 del Decreto 1359 de 1993 y 17 de la Ley 4.^a de 1992.

Para FONPRECON con la expedición de los actos acusados se vulneraron las normas citadas en atención a lo siguiente:

En su criterio, la pensión de jubilación del señor Marín Correa reconocida inicialmente por la Resolución 1338 del 19 de diciembre de 1994, se liquidó correctamente, esto es, sobre el 75% del ingreso base pensional de los congresistas, conforme lo establecido en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 y el artículo 5.^o del Decreto 1359 de 1993. Así las cosas, consideró que el demandado no tenía derecho a la reliquidación

³ Folios 23 a 28.

⁴ Folios 28 a 30.

sobre una base de liquidación diferente a la que le correspondía, a través de la Resolución 748 del 23 de septiembre de 1997, acto en el cual incurrió en error de hecho y de derecho en las reglas aplicables al ingreso base de liquidación.

Por lo anterior, señaló que tampoco procedía el pago de los intereses moratorios por los años 1994, 1995 y 1996 ordenado en la Resolución 748 del 23 de septiembre de 1997, puesto que la prestación social había sido pagada correctamente desde un principio, motivo por el cual sostuvo que tiene derecho a que se le reintegren los valores pagados indebidamente en virtud de los actos acusados.

SUSPENSIÓN PROVISIONAL

En el escrito de demanda se solicitó la suspensión provisional de los actos demandados, la cual se sustentó en que ellos vulneran los artículos 1 de la Ley 19 de 1987, 17 del Decreto 1359 de 1993 modificado por el 7 del Decreto 1293 de 1994, 12 del Decreto 816 de 2002 y 4 y 8 del Decreto 1359 de 1993.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, mediante Auto del 11 de mayo de 2011⁵ denegó la suspensión provisional de los actos administrativos demandados al considerar que cuando se trata de derechos pensionales no es dable adoptar la suspensión del acto, a menos de que la infracción sea palmaria y flagrante pues se trata de derechos fundamentales que podrían quedar suspendidos sin haberse surtido el debido proceso y sin permitirle la contracción a la otra parte, máxime cuando se trata de una persona de la tercera edad quienes ostentan una protección constitucional reforzada, tal y como sucede en este caso. Así, estimó que era indispensable abordar el estudio de fondo para determinar la legalidad de estos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁶

El señor Luis Gonzalo Marín Correa, a través de apoderado, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Adujo que sí le asistía el derecho al reconocimiento de la pensión y a los ajustes hechos a la misma.

⁵ Folios 83 y 84.

⁶ Folios 142 a 144.

Propuso las siguientes excepciones:

- Prescripción: Señaló que en consideración a las fechas del reconocimiento del reajuste pensional, cualquier reclamo por razones aritméticas se encuentra prescrito.
- Buena fe: Argumentó que los pagos se recibieron de buena fe, por tal razón, no hay lugar a la devolución de las sumas recibidas por dichos conceptos.
- Inexistencia de la obligación demandada: Adujo que no tiene ninguna obligación legal respecto a la demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

Ninguna de las partes ni el Ministerio Público se pronunciaron dentro de esta etapa procesal⁷.

SENTENCIA APELADA⁸

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, en sentencia del 18 de agosto de 2016, negó las pretensiones de la demanda. Empero, dispuso que FONPRECON debía ajustar el monto pensional al tope de los 25 salarios mínimos mensuales legales vigentes, de acuerdo con lo preceptuado en la sentencia C-258 de 2013.

El Tribunal explicó que el régimen especial de los congresistas establecido en el Decreto 1359 de 1993, se aplica a quienes ostentaron la calidad de parlamentarios a partir del 18 de mayo de 1992, fecha en la que entró en vigencia de la Ley 4.ª de 1992. Así mismo, sostuvo que el reajuste especial dispuesto en el artículo 17 del citado decreto solo procedía por una sola vez, que conllevaba una actualización del valor pensional y que se otorgaba a quienes se pensionaron con anterioridad a tal fecha.

Seguidamente, efectuó el análisis probatorio y concluyó que el señor Luis Gonzalo

⁷ Folio 154.

⁸ Folios 161 a 170.

Marín Correa se desempeñó como congresista desde el 20 de julio de 1978 hasta el 19 de julio de 1994 y que se le reconoció la prestación social mediante la Resolución 1338 del 19 de diciembre de 1994, en un porcentaje equivalente al 75% del ingreso anual del promedio devengado por un parlamentario.

Así las cosas, estimó que al pensionado sí se le aplicaban las previsiones del Decreto 1359 de 1993, empero, no era beneficiario del reajuste pensional a que alude el artículo 17 de dicha disposición. Bajo este contexto normativo, observó que FONPRECON, por medio de la Resolución 458 de 1996, rectificó y dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 4.ª de 1992, según el cual la pensión debe equivaler a un 75% del ingreso mensual que por todo concepto había recibido el beneficiario durante el último año de servicio, toda vez que en el reconocimiento inicial no se incluyó la prima de navidad para la liquidación y se había efectuado con un promedio anual en contradicción de las normas que rigen la materia.

Establecido lo anterior, sostuvo que era procedente el pago de los intereses por mora reconocidos por la Resolución 748 del 23 de septiembre de 1997, pues aunque adquirió el derecho pensional en diciembre de 1994 fue solo hasta el 12 de abril de 1996 que se liquidó en debida forma.

Finalmente, estimó que FONPRECON la entidad debía ajustar la mesada pensional a un valor no superior a 25 salarios mínimos mensuales legales vigentes, en cumplimiento de lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

El señor Luis Gonzalo Marín Correa⁹ formuló recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, únicamente en lo que se refiere a la orden impartida a FONPRECON para que ajustara la pensión de jubilación a un valor máximo de 25 salarios mínimos mensuales legales vigentes, de acuerdo con la sentencia C-258 de 2013.

⁹ Folio 172.

Sobre el particular, manifestó que en la decisión se emitió un fallo *extrapetita*, por cuanto tal ajuste no fue solicitado por la entidad en la demanda. Además, advirtió que la pensión fue causada y reconocida con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2015, lo cual implica que existe un verdadero derecho adquirido que no puede ser desconocido ni modificado, tal como lo dispone el mismo texto constitucional, de manera que adujo que la sentencia C-258 de 2013 no es aplicable a su caso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de **FONPRECON**¹⁰ manifestó que el ajuste del tope de la pensión de jubilación del señor Luis Gonzalo Marín Correa opera de manera automática, de acuerdo con el mandato establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013, en razón a que esta va dirigida a aquellas pensiones reconocidas en virtud del artículo 17 de la Ley 4.ª de 1992 y no exceptuó a ninguna.

En defensa de su argumento, puso de presente el salvamento de voto formulado por uno de los miembros de la sala de la Corte Constitucional que adoptó la decisión, según el cual la sentencia vulnera el artículo 48, parágrafo 1, de la Constitución Política, lo cual implica que la providencia sí se extiende a las pensiones reconocidas con base en el régimen especial de congresistas, sin importar su fecha de causación.

Para concluir, indicó que el Consejo de Estado también aplicó el tope de que trata la sentencia C-258 de 2013¹¹, en una providencia dentro de la cual señaló que se debía reliquidar la pensión de un ex congresista en el 75% del ingreso mensual promedio que percibió a la fecha en la que se decretó la prestación, esto es, en el año 2003, únicamente con los factores que recibió con carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales efectuó aportes, sin exceder los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Ni el señor Luis Gonzalo Marín Correa ni el Ministerio Público se pronunciaron en esta oportunidad procesal, de acuerdo con la constancia secretarial visible en el folio 188

¹⁰ Folios 181 a 187

¹¹ Citó: Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 10 de octubre de 2013, radicación: 2500023250002008008591 01.

del expediente.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

De acuerdo con lo previsto por el artículo 328¹² del Código General del Proceso la competencia del juez de segunda instancia está delimitada por los argumentos expuesto por el apelante. Así las cosas, el problema jurídico que se debe resolver en esta instancia, se resume en la siguiente pregunta:

¿El juez de primera instancia podía ordenar el ajuste de la pensión del señor Luis Gonzalo Marín Correa en los términos de la sentencia C-258 de 2013, pese a que ello no fue objeto de pretensión en la demanda?

La Subsección con el fin de resolver el problema jurídico abordará los siguientes temas: **i)** La jurisdicción rogada y su flexibilización; **ii)** El ajuste automático ordenado por la sentencia C-258 de 2013 a las autoridades administrativas y judiciales, y, **iii)** caso concreto.

Justicia rogada y su flexibilización

El ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia de que trata el artículo 229 de la Constitución Política de 1991 ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo trae consigo la obligación a la parte demandante de incluir en el libelo introductor, de forma clara y precisa, lo que se pretende y además, las normas violadas y el concepto de violación, tal y como lo disponen los ordinales 2.º y 4.º del artículo 137 del CCA.

En efecto, dada la presunción de legalidad que reviste a los actos administrativos, le corresponde al interesado en desvirtuarla exponer las razones por las cuales considera que debe declararse su nulidad, argumentos que se constituyen en el marco

¹² «Artículo 328. Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.[...]»

dentro del cual debe efectuar el estudio de validez de aquel, sin que, en principio, pueda excederse del mismo.

No obstante, la concepción de la llamada *justicia rogada* se matizó con el pronunciamiento efectuado por la Corte Constitucional en la sentencia C-197 de 1999, en la cual moduló los efectos del ordinal 4.º del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo. En tal decisión de exequibilidad condicionada señaló: «cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación. Igualmente, cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica tiene la obligación de aplicar el art. 4 de la Constitución».

En la *ratio decidendi* de dicha providencia, la Corte precisó que la exigencia del concepto de la violación no debe extremarse en su aplicación, al punto de que un excesivo rigorismo procesal atente contra el principio de prevalencia del derecho sustancial, por mandato del artículo 228 de la Constitución Política. Así las cosas, defectos tales como la cita errónea de una disposición legal que por su contenido sea fácilmente identificable por el juez, o el concepto de la violación sea insuficiente pero comprensible, no pueden conducir a desestimar un cargo de nulidad¹³. Fue así como dio una posición garante al principio de tutela judicial efectiva consagrado por la Convención Americana de Derechos Humanos, en los artículos 8¹⁴ (garantías

¹³ Corte Constitucional, sentencia C- 197 de 1999.

¹⁴ 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

procesales) y 25.1¹⁵ (protección judicial).

Del mismo modo, conviene señalar que no se puede sostener que el principio de justicia rogada tiene un carácter absoluto, pues basta reparar con las limitaciones que tiene por virtud de la Constitución, la ley y la jurisprudencia. Ciertamente, lo afirmado se hace evidente cuando el juez debe dar aplicación a las excepciones de convencionalidad¹⁶, inconstitucionalidad¹⁷, ilegalidad¹⁸,

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

¹⁵ Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. «[...] La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.»

¹⁷ Derivado de la aplicación del artículo 4 de la Carta Política.

¹⁸ Ver C-037 de 2000. «[...]De la condición jerárquica del sistema jurídico se desprende la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas otras de las cuales derivan su validez, dan lugar a la ruptura de la armonía normativa. Así, aunque la Constitución no contemple expresamente la llamada excepción de ilegalidad, resulta obvio que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, deben ser implementadas mediante mecanismos que las hagan efectivas, y que, en ese sentido, la posibilidad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional deben subordinarse, es decir, la excepción de

además del que se deriva de aplicación de la jurisprudencia, máxime si es producto del control abstracto de constitucionalidad¹⁹, como el caso de la sentencia C-197 de 1999, ya señalado, la cual prevé la obligación del juez contencioso administrativo de atender la norma constitucional cuando se encuentre frente a derechos fundamentales de aplicación inmediata²⁰ o cuando debe decidir de oficio sobre excepciones²¹, solo para señalar algunas exclusiones que se pueden presentar al carácter restrictivo del marco impuesto por los argumentos de las partes²².

Lo anterior se acompasa con el hecho de que el artículo 2 de la Constitución Política señala que «Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares» previsión respecto de la cual, no pueden ser ajenos los jueces encargados de la administración de justicia quienes hacen parte de una de las ramas del Poder Público a voces del artículo 113 *ejusdem*. Así las cosas, si existe una excepción constitucionalmente justificada a la regla general de jurisdicción rogada no, puede predicarse su vulneración.

El ajuste automático ordenado por la sentencia C-258 de 2013 a las autoridades

legalidad, resulta acorde con la Constitución. La Corte aprecia que, en principio, una norma legal que se limitara a reiterar el orden jurídico que emana de la Constitución y a autorizar la inaplicación de las normas que irrespetaran tal orden, sería constitucional.»

¹⁹ La Ley 270 de 1996, en el artículo 48 prevé: «Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tiene el siguiente efecto: 1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión o con motivo del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general. [...]»

²⁰ En este sentido, la Corte Constitucional textualmente sostuvo en la sentencia C.197 de 1999: «Considera la Corte, que tratándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, el juez administrativo a efecto de asegurar su vigencia y goce efectivos debe aplicar la correspondiente norma constitucional, en forma oficiosa, así la demanda no la haya invocado expresamente.»

²¹ El artículo 164 [...] en la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.[...]

El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la *reformatio in pejus*.».

²² En este sentido se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 12 de abril de 2018, actor: Pastora Ochoa Osorio, radicación: 810012333000201400012 01(1321-2015) SUJ-010-S2.

administrativas

La Corte Constitucional efectuó el estudio de constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4.^a de 1992, acusado de quebrantar los principios de igualdad, eficiencia, universalidad y solidaridad consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, por establecer un régimen pensional especial a favor de los congresistas y de otros servidores públicos que les permitían acceder con mejores condiciones que el resto de la población al régimen pensional, con lo cual se presentaba una discriminación positiva no justificada que atentaba contra la seguridad social de la mayoría de los colombianos.

Uno de los argumentos de la demanda de inconstitucionalidad consistía en que la norma mencionada, no estaba sujeta al tope pensional establecido en el párrafo primero del Acto Legislativo 01 de 2005 según el cual «[...] A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública [...]».

Dentro del estudio realizado, la Corte explicó que el Acto Legislativo en mención, pretendió homogenizar los requisitos y beneficios pensionales con el propósito de lograr la sostenibilidad financiera del sistema, al eliminar regímenes especiales, ordenar la finalización anticipada del régimen de transición, limitar las mesadas pensionales a 13 y fijar un tope máximo de 25 salarios mínimos mensuales legales para la prestación social, entre otras.

De igual manera, encontró que el artículo 17 de la Ley 4.^a de 1992 no establecía ningún tope al valor de las mesadas pensionales, lo que en su parecer «[...] conduce a la existencia de pensiones con mesadas muy por encima del promedio nacional, financiadas con recursos públicos en un porcentaje también muy superior al de los subsidios que se destinan al pago de otras pensiones, y que además favorecen a un grupo de personas que no pertenece a los sectores más pobres, vulnerables y débiles, sino que, por el contrario, incluso podría afirmarse, hace parte de los sectores en las mejores condiciones socio-económicas [...]».

Por tal virtud, la Corte estimó necesario aliviar esa afectación al principio de igualdad y de paso, corregir una de las causas del desfinanciamiento del sistema pensional. Así,

dispuso que ante la ausencia de norma especial que fijara el tope para las pensiones de que trataba el artículo 17 de la Ley 4.ª de 1992, debía ser aplicada era la consagrada para el régimen general, en este caso, la contenida en el Acto Legislativo 01 de 2005 de 25 salarios mínimos mensuales legales vigentes, en aplicación de la doctrina del derecho viviente. A su juicio, un razonamiento distinto contraría lo dispuesto en la Carta Política²³. La orden producto de las consideraciones expuestas es del siguiente tenor literal:

«En **segundo lugar**, como efecto inmediato de la sentencia, 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.»

Así mismo, la sentencia en mención precisó que la aplicación de tal mandato no podía desconocer los derechos adquiridos con arreglo a la ley por parte de los ya pensionados, es decir, ninguna medida podía afectar la existencia misma del derecho, sin embargo, sí se podía variar el monto de las mesadas pensionales a futuro. Sobre el particular expuso:

«[...] Cabe desde aquí señalar que la garantía de los derechos adquiridos no es absoluta. De igual manera, esta Corporación ha afirmado sostenidamente, que ningún derecho, ni siquiera los derechos fundamentales, tienen este carácter.

En vista de lo anterior y en concordancia con lo estudiado en el acápite de derechos adquiridos de la parte motiva de esta providencia, constituyen elementos intangibles de los derechos adquiridos las relaciones ya consagradas o a las situaciones agotadas definitivamente, es decir, derechos que ya han ingresado de manera irreversible al patrimonio de la persona.

²³ En este sentido, la Corte indicó: «Por las anteriores razones la Sala no puede mantener en el ordenamiento la regla de la ausencia de topes en el régimen de pensiones materia de análisis. Hacerlo, como en el caso de los anteriores elementos del régimen, (i) vulneraría el principio de igualdad en tanto conduce a la transferencia de subsidios públicos excesivos a un grupo de personas que no sólo no están en condición de vulnerabilidad o debilidad, sino que, por el contrario, por regla general pertenecen a un sector privilegiado de la población; y (ii) avalaría la continuidad de un sacrificio desproporcionado de los principios y finalidades de la seguridad social»

La consecuencia de ello es que esta sentencia no puede ser invocada para exigir devoluciones de dinero por concepto de ingresos pensionales.

No obstante, ello no se traslada de forma automática a los efectos que se proyectan hacia el futuro. Estos no son absolutamente inmunes, puesto que la intangibilidad sólo se predica del derecho mismo -derecho a la pensión- y de los efectos ya producidos -mesadas pensionales pasadas-.

En atención a las anteriores consideraciones, resultaría contrario a todo lo previamente expuesto en relación con los propósitos del Estado Social de Derecho, de los principios de igualdad y los del sistema de seguridad social en pensiones, no someter, bajo ciertas condiciones, las mesadas futuras, a la declaratoria de inconstitucionalidad que aquí se constata [...]» (Subrayado de la Sala).

De acuerdo con lo expuesto, sostuvo que sería violatorio del derecho a la igualdad y de los principios del sistema general de seguridad social en pensiones, no limitar el monto de las mesadas pensionales futuras, máxime cuando las reconocidas con fundamento en el artículo 17 de la Ley 4.ª de 1992 en gran parte se financian con recursos públicos, los cuales pueden ser legítimamente restringidos con el fin de cumplir los fines del Estado.

En cuanto a la aplicación de esta medida a aquellas pensiones adquiridas sin abuso del derecho ni fraude a la ley y conforme el artículo 17 de la Ley 4.ª de 1992, la providencia precisó que estas debían ser ajustadas al tope de 25 salarios mínimos mensuales legales vigentes, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005, sin que pudieran reducirse a un valor inferior a este, so pena de atentar contra los derechos adquiridos y el principio de confianza legítima, porque accedieron al derecho cumpliendo las condiciones especiales del régimen que las cobijaba. Dicho ajuste procedía solo a partir del 1.º de julio de 2013, y debe efectuarse por las entidades administradoras del régimen pensional, sin necesidad de hacer reliquidaciones caso por caso, porque no se trata de una reliquidación sino de un ajuste hacia el futuro.

Finalmente, en lo relevante al particular, la Corte expresó:

«[...] En cuanto a los efectos de la presente providencia en relación con las mesadas pensionales causadas con anterioridad a su expedición, la Corte ha considerado pertinente realizar ciertas diferenciaciones:

1. Es posible que algunas pensiones hayan sido reconocidas con fundamento en el artículo 17 demandado sin abuso del derecho y sin fraude a la ley, y además, el beneficiario se encontraba en el régimen especial al 1 de abril de 1994, en los términos señalados en la presente providencia.

En este caso, las mesadas de tales pensiones han sido ajustadas al criterio de los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes. En aquellos eventos, disminuir aún más las mesadas procediendo a reliquidar todas las pensiones de manera retroactiva desconocería derechos adquiridos y atentaría contra el principio de confianza legítima de quienes accedieron a la pensión de buena fe, como titulares del derecho o por vía de una sustitución pensional. Además, sería inadmisibles una reducción excesivamente desproporcionada de estas pensiones porque ello sería contrario, no solo a las razones que justifican esta providencia, sino al derecho al mínimo vital y a la especial protección debida a las personas de la tercera edad, para quienes es imposible reiniciar su actividad laboral para suplir el impacto que tendría una reducción excesiva de su pensión [...]»

Lo anterior fue reiterado por la Corte Constitucional en la sentencia T – 392 del 2015 en la que sostuvo:

«De acuerdo con lo anterior, ninguna pensión reconocida bajo el régimen especial de congresistas establecido en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, con cargo a recursos de naturaleza pública no podrá exceder el tope de los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes a 31 de julio de 2013, y en consecuencia, todas las mesadas pensionales deberán ser reajustadas automáticamente a este tope por la autoridad administrativa.»

Caso concreto

El señor Luis Gonzalo Marín Correa en el recurso de apelación atacó la orden impartida a FONPRECON en la sentencia de primera instancia, para que ajustara su pensión de jubilación a un valor máximo de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, de conformidad con la sentencia C-258 de 2013. A su juicio, al emitir una decisión *extra petita* se quebrantó el principio de la jurisdicción rogada, por cuanto ello no fue solicitado por la accionante.

En el *sub examine*, la Subsección advierte que la Resolución 458 del 12 de abril de 1995 fijó el monto de la pensión de jubilación reconocida por la Resolución 1338 del 19 de diciembre de 1994 al señor Luis Gonzalo Marín Correa, en un 75% del ingreso

mensual de un congresista, con fundamento en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992.

Evidentemente, la prestación y su reliquidación se efectuaron antes de que se expidiera el Acto Legislativo 01 de 2005, que estableció el tope pensional en 25 salarios mínimos mensuales legales vigentes. Sin embargo, la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-258 de 2013, declaró la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, condicionándola a que el reconocimiento de las pensiones que se hiciera en virtud de dicha norma se respetara el tope fijado en el Acto Legislativo 01 de 2005. Por lo que ordenó ajustar todas las pensiones que excedieran dicho tope, incluso las reconocidas con anterioridad y de buena fe.

Así las cosas, si el valor de la pensión del señor Luis Gonzalo Marín Correa excedía el valor de la mesada pensional que constitucionalmente era permitido, desconocía el condicionamiento de constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 mencionado y, por ende, el Acto legislativo 01 de 2005.

En virtud de lo anterior, el *a quo* no solo podía sino que tenía el deber de acatar el pronunciamiento emitido por la Corte Constitucional, y por tanto, disponer que FONPRECON adecuara el monto que se paga por la prestación social, en los términos de la sentencia C-258 de 2013.

Con todo, no puede dejarse de lado que aunque no hubiera mediado la orden del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la providencia en comento impuso la obligación de aplicar el tope pensional directamente a la entidad de previsión social, puesto que esta autorizó a las administradoras de pensiones para que de oficio, y sin mediar reliquidación, ajustaran el monto de las pensiones, incluso de aquellas obtenidas de buena fe.

De otra parte, en relación con el argumento según el cual no podía ordenarse el ajuste pensional porque el derecho pensional le fue reconocido con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, es importante señalar que la Sección Segunda de esta Corporación en esos casos también ha acatado el mandato de la Corte y ha considerado acertado que FONPRECON proceda a darle cumplimiento, de manera automática, sin necesidad de adelantar un procedimiento administrativo, «porque, precisamente, el reajuste automático de las mesadas pensionales estaba

encaminado a dar cumplimiento a una norma constitucional, y a evitar que se perpetuara una vulneración de los principios de sostenibilidad financiera, solidaridad, igualdad y universalidad que deben regir el sistema de seguridad social, de acuerdo con la reforma contenida en el Acto Legislativo 01 de 2005»²⁴, motivo por el cual no es de recibo el criterio expuesto por el beneficiario de la prestación.

De acuerdo con todo lo expuesto, aunque la aplicación del tope de los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes no fue objeto de demanda, y no podía serlo porque fue radicada²⁵ antes de que fuera dictada la sentencia C-258 de 2013, el juez de primera instancia sí podía disponer que FONPRECON ajustara el valor de la mesada pensional del señor Luis Gonzalo Marín Correa, sin que ello implique el desconocimiento del principio de la jurisdicción rogada.

En conclusión: El juez de primera instancia podía ordenar el ajuste de la pensión del señor Luis Gonzalo Marín Correa en los términos de la sentencia C-258 de 2013, pese a que no fue objeto de pretensión en la demanda, sin que por ello se desconozca el principio de la justicia rogada que se predica en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, habida cuenta de que en dicha providencia se exponen las razones por las cuales la medida se encuentra constitucionalmente justificada.

Decisión de segunda instancia

En virtud de lo anterior, la Subsección A confirmará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F el día 18 de agosto de 2016, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República en contra de los actos administrativos que reconocieron la reliquidación pensional en favor del señor Luis Gonzalo Marín Correa.

Condena en costas

²⁴ En este sentido se pueden consultar: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de junio de 2017, radicación 250002342000201400188 01(1924-2015), actor: Guillermo León Gaviria Zapata; sentencia del 25 de mayo de 2017, radicación: 25000234200201400189 01(1183-2016), actor: Jorge Olarte.

²⁵ La demanda fue radicada el 20 de agosto de 2008 (f. 34).

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

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

FALLA

Primero: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia del 18 de agosto de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, el 18 de agosto de 2016, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República en contra de los actos administrativos que reconocieron la reliquidación pensional en favor del señor Luis Gonzalo Marín Correa.

Segundo: Sin condena en costas.

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

Notifíquese y cúmplase

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ