

REGIMEN PENSIONAL DE CONGRESISTAS – Regimen especial / REGIMEN DE TRANSICIÓN – Aplicable a los congresistas

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 años 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 Decreto. El Decreto 816 de 2002, 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. Y en su Parágrafo, 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 Sección, al igual que el inciso 1° del artículo 17 del Decreto en mención, modificado por el artículo 1° 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 Pensiones.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1359 DE 1993 / DECRETO 1293 DE 1994 / DECRETO 1622 DE 2002

REGIMEN ESPECIAL DE CONGRESISTAS – Régimen especial / REGIMEN ESPECIAL DE CONGRESISTAS – Pensión de jubilación / REGIMEN ESPECIAL – Reincorporación / REINCORPORACIÓN – Renuncia temporal a recibir pensión de jubilación no inferior a un año

Del estudio sistemático de las disposiciones reseñadas infiere la Sala, como ya lo hizo en anterior oportunidad, 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 4°.

REGIMEN DE TRANSICION – Requiere la condición imprescindible de ostentar la calidad de parlamentario / REGIMEN DE TRANSICION – Carácter taxativo / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD – Interpretación de régimen de transición

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 jubilaria 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. 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.

REGIMEN DE TRANSICION – Beneficio que ya han consolidado el status jurídico / VIOLACION DE LA LEY – Indebida aplicación / LIQUIDACION DE PENSIONES – Acto legislativo 1 de 2005 / TRASGRECION DEL SISTEMA JURIDICO – Extensión de beneficios de un régimen especial

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, solo 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 siquiera tienen expectativa por consolidar, surgida como condición preexistente a la luz del Régimen Especial de los Parlamentarios. En otras palabras, se transgrede el sistema jurídico cuando se pretende, en la búsqueda del privilegio de la normativa especial, extender los beneficios de un régimen particularísimo, no obstante encontrarse la situación claramente regida por la ley general, cuando se ha sido elegido para legislaturas posteriores a aquella, lo que de paso despoja de su efecto útil a la norma que justamente dispuso la incorporación al sistema general de pensiones.

CONMUTACION PENSIONAL – No procede / REGIMEN ESPECIAL DE CONGRESISTAS – No era destinatario / REGIMEN DE TRANSICION –En vigencia de la Ley 100 de 1993 no era miembro del congreso de la republica

la Sala infiere, que el fallecido prestó sus servicios en varias entidades públicas entre los años 1957 y 1992; habiendo laborado en ese interregno como Representante a la Cámara de manera interrumpida, desde agosto de 1982 hasta noviembre de 1989; con lo que la Caja Departamental de Previsión Social del Magdalena, en diciembre de 1993 le reconoció su pensión jubilatoria, que con posterioridad y sin fundamento legal el Fondo conmutó en el año 2000. Pues bien, encuentra la Sala, que el causante no era destinatario del Régimen Especial de los Congresistas, porque de acuerdo con lo dilucidado en análisis normativo precedente, su vinculación al Congreso no tuvo ocurrencia a partir de la vigencia de la Ley 4ª de 1992 -18 de mayo de 1992-, pues como se estableció, ejerció la actividad congresional tiempo antes desde el año 1982. Y, aunque fungió como Parlamentario por más de 1 año, no lo fue en calidad de reincorporado. De hecho el lapso en el que el causante ejerció la actividad congresional, fue debidamente contabilizado por la Caja Departamental de Previsión Social del Magdalena, como tiempo, que de paso lo facultó para obtener la pensión de jubilación. Por lo demás, tampoco puede ser favorecido por el Régimen de Transición de los Parlamentarios, pues aunque es cierto que para el 1º de abril de 1994, fecha de vigencia de la Ley 100 de 1993, ya había cumplido la edad de 40 años, no lo es menos, que para dicha época no era miembro del cuerpo legislativo, condición que como se analizó en apartado anterior, resulta ser indispensable para ser beneficiario de dicho régimen, pues está probado que laboró como Parlamentario desde mucho tiempo antes.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-25-000-2006-08148-01(1461-09)

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

Demandado: DUVIS ESTELA ACOSTA DE FERNÁNDEZ

AUTORIDADES NACIONALES

- F A L L O -

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada, contra la sentencia de 2 de abril de 2009 proferida por la Sección Segunda, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió a las súplicas de la demanda instaurada por el Fondo de Previsión

Social del Congreso de la República -FONPRECON-, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la modalidad de lesividad, contra las actuaciones administrativas que profirió, en virtud de las cuales ordenó afiliar al señor JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ DE CASTRO y conmutó su pensión de jubilación que siguió percibiendo la señora DUVIS ESTELA ACOSTA DE FERNÁNDEZ en calidad de cónyuge sobreviviente.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en la modalidad de lesividad, FONPRECON por conducto de apoderado judicial, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a fin de obtener la nulidad, previa suspensión cautelar, de la Resolución No. 850 de 19 de diciembre de 2000 a través de la cual afilió al señor JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ DE CASTRO y asumió a partir del 11 de febrero de 1996, la pensión de jubilación que ya le había sido reconocida por la Caja de Previsión Social del Departamento del Magdalena -hoy Fondo Territorial de Pensiones y Departamental de Cesantías del Magdalena-, y de la Resolución No. 1290 de 27 de octubre de 2003, que reconoció a la demandada la pensión jubilatoria en su condición de cónyuge *supérstite*, ambas emitidas por la Dirección General del Fondo.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que se declare que el causante no es beneficiario de la conmutación ordenada; que su cónyuge sobreviviente, la señora DUVIS ESTELA ACOSTA DE FERNÁNDEZ, no tiene derecho a seguir afiliada al Fondo ni a continuar percibiendo la pensión en la cuantía que actualmente devenga; que la demandada debe reintegrar el mayor valor de los pagos efectuados por concepto de mesadas desde el 11 de febrero de 1996 más las que siga percibiendo hasta la sentencia definitiva; que se decrete la suspensión provisional parcial del acto objetado reduciendo el valor de la mesada pensional a \$5.637.550, que es lo que realmente corresponde; que para evitar la vulneración del derecho fundamental a la seguridad social en conexidad con la vida y la salud, se ordene, mientras se decida la nulidad de los actos censurados, que la accionada siga percibiendo la pensión en la referida suma.

Relató FONPRECON en el acápite de **hechos** que la Caja de Previsión Social del Departamento del Magdalena por medio de la Resolución No. 1477 de 23 de diciembre de 1993, le reconoció al señor JOSÉ ANTONIO FENÁNDEZ FERNÁNDEZ DE CASTRO la pensión vitalicia de jubilación.

Por Resolución No. 850 de 19 de diciembre de 2000 ordenó la afiliación del causante y la conmutación de la pensión que le había sido reconocida, a partir del 11 de febrero de 1996, con fundamento en el artículo 7° del Decreto 1359 de 1993 y el Concepto No. 1030 de 28 de octubre de 1997 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Según Resolución No. 1290 de 27 de octubre de 2003, le reconoció a la accionada la pensión de sobreviviente, desde el 14 de marzo de 2003.

Invocó como **normas violadas** los artículos 1° del Decreto 2921; 3° del Decreto 2837 de 1986; y 1° del Decreto 1359 de 1993.

Alegó, que con la expedición de los actos objetados incurrió en vulneración de las normas precitadas en la modalidad de error de derecho por aplicación indebida, al creer que al fallecido le asistía el derecho a ser beneficiario de la conmutación; pues, según lo dispuesto por el literal a) del artículo 4° del Decreto 1359 de 1993, es requisito para acceder al Régimen Pensional de los Parlamentarios, el encontrarse afiliado a la entidad pensional del Congreso y estar efectuando cumplidamente las cotizaciones o aportes a la misma, y en este caso el causante al momento de cumplir los requisitos de edad y años de servicio para la pensión que le fue reconocida por la Caja de Previsión Social del Departamento del Magdalena no estaba cotizando al Fondo.

TRÁMITE DEL PROCESO

En escrito inserto en el libelo demandatorio, FONPRECON solicitó la **suspensión provisional** del acto administrativo atacado, en cuanto al valor que supere la suma de lo que realmente le corresponde a la demandada. (fls. 326 y 327 cdn. ppal.).

Por medio de proveído de 27 de abril de 2007, el Tribunal admitió la demanda y negó la solicitud de suspensión provisional de la actuación censurada por considerar, que es necesario el estudio de la fundamentación fáctica y jurídica, de las normas invocadas por la Administración y de las pruebas allegadas, que corresponde realizarlo al proferir la sentencia que resuelva el fondo del asunto planteado. Además, cuando se trata de derechos pensionales se debe otorgar el derecho de contradicción a la parte contraria. (fls. 357 a 362 cdn. ppal.).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La accionada mediante apoderado judicial sostuvo, que la actuación acusada goza de legalidad, pues la resolución de reconocimiento pensional fue emitida con base en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el que se interpretó de manera legal y precisa lo preceptuado por los artículos 7° del Decreto 1359 de 1993 y 53 de la Carta Política y el acto de sustitución pensional ni siquiera fue demandado. Ello aunado a que cuando el causante adquirió el *status* pensionatorio se encontraba aportando al Fondo.

Propuso las excepciones que denominó *"Inepta demanda"* porque se demandó a quien no podía ser sujeto demandable por haber fallecido y porque no se solicitó la nulidad del acto por medio del cual se sustituyó la pensión en cabeza de la cónyuge *supérstite*; *"Ilegitimidad e inconstitucionalidad de las pretensiones"* pues el reconocimiento pensional en favor del causante está avalado por el artículo 7° del Decreto 1359 de 1993, habida cuenta que laboró por 20 años y el último cargo que ocupó fue el de Congresista; *"Ilegitimidad de la pretensión de devolver las mesadas pensionales recibidas por José Antonio Fernández Fernández de Castro y su legítima esposa Duvis Stella Fernández de Castro"* en atención a que al acoger el concepto del Consejo de Estado, el acto afiliatorio y la consecuente afiliación se revisten de legalidad; *"Primacía de la realidad jurídica sobre la formalidad"* porque si el Ministerio del Trabajo y el Fondo acogieron el Concepto No. 1030, se determinó una situación jurídica que se debe respetar; y *"Eficacia jurídica del acto que... reconoció la afiliación como también el que le reconoció la pensión de jubilación a su legítima esposa..."*, pues el primero deviene de un concepto acogido voluntariamente por el Fondo, que está acorde con el artículo 7°

del Decreto 1359 de 1993 y con el principio de favorabilidad laboral y el segundo no fue demandado.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca en decisión de 2 de abril de 2009, luego de negar la prosperidad de los medios exceptivos propuestos, decretó la nulidad parcial de las resoluciones acusadas.

Señaló, que en este caso la condición de Congresista ocurrió con anterioridad a la Ley 4ª de 1992 y con posterioridad a la misma no fue reelegido, por lo que aunque existe para el Fondo la obligación de asumir la prestación, no por eso el causante se encuentra amparado por el Régimen consagrado en los Decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994.

Dada la condición de pensionado antes de la Ley 4ª de 1992, lo que le correspondía al fallecido era el reconocimiento del Reajuste Especial de que trata el artículo 17 del Decreto 1359 de 1993 en el 50% del promedio de las pensiones a que tendrían derecho los actuales Parlamentarios y por una sola vez; sin embargo, no ordenó pago de suma alguna por este concepto, pues el mismo se debe imputar a lo recibido con ocasión de la reliquidación efectuada por el Fondo.

No ordenó la devolución de las sumas pagadas en exceso, porque fueron recibidas de buena fe y no se demostró lo contrario.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la sentencia de primera instancia la accionada interpuso el recurso de alzada y al efecto indicó, que en la misma se decidió sobre la no devolución de dineros porque fueron recibidos de buena fe y luego se dispuso que el reajuste cancelado se dedujera de lo percibido con ocasión de la reliquidación efectuada por el Fondo; con lo que el fallo carece de fuerza específica respecto de la legalidad determinante de la obligación por parte de la demandada.

En cuanto a la normas aplicables a su situación señaló, que se equivoca el *a quo* cuando considera que no se rige por los Decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994, sino por de la normativa anterior; pues, con ello desconoce que estos decretos se encontraban vigentes para el momento en el que el causante se pensionó y

cuando lo sustituyó, además en aplicación del principio de favorabilidad laboral, que implica la aplicación retroactiva de las disposiciones.

Añadió que el reajuste de la Ley 4ª de 1992 está definido en el 75%.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Tanto la **parte demandante**, como la **parte demandada** y el **Agente del Ministerio Público**, guardaron silencio en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico se contrae a establecer si al causante quien laboró como **Representante a la Cámara desde agosto de 1982 hasta noviembre de 1989, en forma discontinua**, y a quien la Caja de Previsión Social del Departamento del Magdalena -hoy Fondo Territorial de Pensiones y Departamental de Cesantías del Magdalena-, le reconoció la pensión mensual vitalicia de jubilación, le asistía el derecho a que FONPRECON lo afiliara y le conmutara la pensión reconocida de conformidad con el Régimen Pensional de Congresistas, que luego fue sustituida en la hoy demandada en su calidad de cónyuge sobreviviente.

Como quiera que la controversia gira en torno a la aplicación del Régimen Pensional de los Congresistas a una persona que ya se encontraba disfrutando de su pensión de jubilación; es necesario inicialmente, hacer el recuento y análisis de la normativa que regula la materia, para examinar si con fundamento en la misma y luego de estudiadas las probanzas que reposan en el expediente, es posible que obtenga la conmutación de la pensión de jubilación.

DEL RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS CONGRESISTAS

En cuanto a este régimen y para lo que interesa a fin de desatar la litis planteada, aparece la **Ley 33 de 1985** que estableció medidas en relación con las Cajas de

Previsión y con las prestaciones sociales del sector público. En su artículo 14, creó el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República¹.

En el artículo 1º dispuso como regla general, que el empleado oficial que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años, tiene derecho a que la respectiva Caja de Previsión le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

En el inciso 2º de su Parágrafo 2º determinó, que quienes con 20 años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan 50 años, si son mujeres, o 55 años, si son hombres, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían al momento de su retiro.

En su artículo 23, en relación con los Congresistas y empleados del Congreso, pensionados con anterioridad a la vigencia de esta Ley, estableció que lo seguirán siendo de las Entidades de Previsión Social que les otorgaron y reconocieron su derecho.

Por su parte, la **Ley 19 de 1987**, que modificó el artículo 23 en cita, dispuso en su artículo 1º, que tienen derecho a gozar de todas las prestaciones y servicios del Fondo de Previsión Social del Congreso, aquellas personas que están legalmente obligadas a contribuir para su funcionamiento.

Además, 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.

¹ Ley 33 de 29 de enero de 1985 “*Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público*”, creó el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República en su artículo 14.

En el Parágrafo en cuanto a los empleados del Congreso pensionados con anterioridad a la vigencia de la Ley 33 de 1985 estipuló, que lo seguirán siendo de las entidades de Previsión Social que les otorgaron y reconocieron su derecho.

Luego la **Carta Política de 1991, 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 17², 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

² 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 responsabilidad que les corresponde, así como en el estricto régimen de incompatibilidades previsto en la Constitución”*.

el salario mínimo legal³.

Parágrafo. *La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que [por todo concepto]⁴ devenguen los representantes y senadores en la fecha en que se decreta 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 1993⁵, 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 1^o 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*”⁶.

En su artículo 4^o 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*”.

³ 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.

⁴ 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.

⁵ 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*”.

⁶ 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.

⁷ De conformidad con lo dispuesto por el artículo 2^o 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° 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 gozaren⁹; 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 1988¹⁰.

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

“ARTÍCULO 7o. DEFINICIÓN. Cuando quienes en su condición de Senadores

⁸ 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 “*último año que por todo concepto*” y del artículo 6° se deben suprimir los vocablos “*durante el último año*” y “*por todo concepto*”.

⁹ Al respecto debe tenerse en cuenta, que como **factores de liquidación de la pensión, solo 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 executable del resto de dicha norma bajo ese entendido.

¹⁰ 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*”.

*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]**¹¹ 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**¹² y con el tiempo de servicios de 20 años.

Su artículo 8º que se denomina “*CONGRESISTAS PENSIONADOS Y VUELTOS A ELEGIR*” en armonía con el Parágrafo del artículo 4º antes citado, prescribe que los Senadores y Representantes a la Cámara 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*”.

¹¹ 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*”.

¹² 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 49 de la Carta Política, se expidió la **Ley 100 de 1993**¹³, 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 1994¹⁴, 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**¹⁵, 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-.

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

¹³ 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 1° de abril de 1994.

¹⁴ 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*”.

¹⁵ 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*”.

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.

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 Forero¹⁶.

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 años¹⁷ 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

¹⁶ 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,...*”.

¹⁷ 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.

liquidación establecidos en el mismo Decreto¹⁸.

El **Decreto 816 de 2002**¹⁹, 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**²⁰.

Y en su Parágrafo²¹, 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 Sección²², 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

¹⁸ 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.

¹⁹ 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*”.

²⁰ 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*”.

²¹ 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*”.

²² 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.

contempló el Reajuste de Pensiones²³.

ANÁLISIS DE LA NORMATIVA PENSIONAL DE LOS CONGRESISTAS

Del estudio sistemático de las disposiciones reseñadas infiere la Sala, como ya lo hizo en anterior oportunidad²⁴, que en lo que al **Régimen Especial de los Congressistas** 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 4^o²⁵.

Igualmente, son destinatarios de este Régimen Especial, quienes habiendo sido Congressistas 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.

²³ 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.

²⁴ Sentencia de 3 de mayo de 2002. Expediente 1276-2001. Actor: Oscar Emilio Vinasco Vinasco. Consejero Ponente Dr. Alberto Arango Mantilla.

²⁵ 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*”.

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 pensional²⁶.

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 Ley²⁷; tal como lo determinó la Sección²⁸, extiende su cobertura **a quien**

²⁶ 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**”.

²⁷ 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

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.

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.

legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo”.

²⁸ 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 párrafo del artículo 11 y del inciso 1° del artículo 17 del Decreto 816 de 2002, este último artículo modificado por el artículo 1° del Decreto 1622 de 2002.** En similar sentido Sentencia de 7 de septiembre de 2006, radicado 9798-05, actor Paulina Consuelo Salgar de Montejo, Consejero Ponente Dr. Jaime Moreno García.

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 consolidación²⁹.

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

²⁹ 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 (...)*”.

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 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, solo 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 un régimen particularísimo, no obstante encontrarse la situación claramente regida por la ley general, cuando se ha sido elegido para legislaturas posteriores a aquella, lo que de paso despoja de su efecto útil a la norma que justamente dispuso la incorporación al sistema general de pensiones.

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 de la demandada.

CASO CONCRETO

Está demostrado en el expediente que el causante prestó sus servicios al Estado entre el 1° de febrero de **1957** y el 30 de septiembre de 1992, por el lapso de 20 años y 1 día. Y, en ese término laboró en calidad de **Representante a la Cámara desde agosto de 1982 hasta noviembre de 1989, en forma discontinua**; por lo que la Caja Departamental de Previsión Social del Magdalena le reconoció su pensión de jubilación, el 23 de diciembre de 1993 mediante Resolución No. 1477. (fls. 224 a 227 cdn. ppal. y 1 y 6 cdn. 2.).

El 8 de septiembre de 1997 el fallecido elevó ante FONPRECON petición de afiliación y de reconocimiento del Reajuste Especial con fundamento en el artículo 23 de la Ley 33 de 1985. Por medio de la Resolución No. 308 de 14 de marzo de 1998, el Fondo le negó lo pedido. (fls. 232 a 242 y 277 a 279 cdn. ppal.).

Luego previa petición, por medio de Resolución No. 850 de 19 de diciembre de 2000, FONPRECON ordenó la afiliación del causante y en consecuencia asumió la pensión de jubilación -desde el 11 de febrero de 1996-, que le venía reconociendo la Caja de Previsión Social del Magdalena, hoy Fondo Territorial de Pensiones y Departamental de Cesantías del Departamento del Magdalena, porque adquirió el *status* de pensionado al servicio del Congreso de la República; ello, en acatamiento a lo considerado por el Consejo de Estado en el Concepto radicado 1030 de 28 de octubre de 1997. (fls. 333 a 339 cdn. ppal.).

Por medio de la Resolución No. 1290 de 27 de octubre de 2003, reconoció la pensión de sobreviviente y ordenó sustituir en un 100% la pensión jubilatoria a favor de la hoy demandada, efectiva a partir del 14 de marzo de 2003, día siguiente al fallecimiento del causante. (fls. 340 a 342 cdn. ppal.).

De las anteriores probanzas la Sala infiere, que el fallecido prestó sus servicios en varias entidades públicas entre los años 1957 y 1992; habiendo laborado en ese interregno como Representante a la Cámara de manera interrumpida, desde **agosto de 1982 hasta noviembre de 1989**; con lo que la Caja Departamental de Previsión Social del Magdalena, en diciembre de 1993 le reconoció su pensión jubilatoria, que con posterioridad y sin fundamento legal el Fondo conmutó en el año 2000.

Pues bien, encuentra la Sala, que el causante no era destinatario del Régimen Especial de los Congresistas, porque de acuerdo con lo dilucidado en análisis normativo precedente, su vinculación al Congreso no tuvo ocurrencia a partir de la vigencia de la Ley 4ª de 1992 -18 de mayo de 1992-, pues como se estableció, ejerció la actividad congresional tiempo antes desde el año 1982.

Y, aunque fungió como Parlamentario por mas de 1 año, no lo fue en calidad de reincorporado. De hecho el lapso en el que el causante ejerció la actividad congresional, fue debidamente contabilizado por la Caja Departamental de Previsión Social del Magdalena, como tiempo, que de paso lo facultó para obtener la pensión de jubilación.

Por lo demás, tampoco puede ser favorecido por el Régimen de Transición de los Parlamentarios, pues aunque es cierto que para el 1º de abril de 1994, fecha de vigencia de la Ley 100 de 1993, ya había cumplido la edad de 40 años, no lo es menos, que para dicha época no era miembro del cuerpo legislativo, condición que como se analizó en apartado anterior, resulta ser indispensable para ser beneficiario de dicho régimen, pues está probado que laboró como Parlamentario desde mucho tiempo antes.

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.

Le asiste entonces al *a quo* la razón cuando estima que al causante no ha debido ni afiliarse a FONPRECON ni conmutársele la pensión, lo que en consecuencia significa, que el reconocimiento de la pensión jubilatoria que ahora reposa en cabeza de la cónyuge sobreviviente -hoy demandada-, debe ser reasumido por la Caja Departamental de Previsión Social del Magdalena o Fondo Territorial de Pensiones y Departamental de Cesantías del Magdalena.

Pero se resalta que se discrepa cuando decreta la nulidad parcial de los actos acusados, pues así no fue petitionado en la demanda, porque en efecto, se solicitó la nulidad del texto completo de la actuación y la misma, tiene que ser declarada de esa manera frente a actos administrativos que nunca debieron nacer a la vida jurídica, en consideración a que su creación no contaba con fundamento legal.

Y tampoco se comparte lo decidido en lo que concierne al Reajuste Especial frente al cual razonó el Tribunal, porque lo cierto es, que ni en el libelo demandatorio ni a lo largo del proceso se hizo alusión alguna a dicho concepto, con lo cual no era procedente emitir juicio sobre el mismo.

Corolario de lo anterior, la decisión de primera instancia será confirmada pero bajo la salvedad de que la nulidad decretada ha de entenderse respecto del texto completo de los actos cuestionados, lo que significa, que 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.

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 2 de abril de 2009, que accedió las súplicas de la demanda instaurada por EL FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA –FONPRECON- contra la señora DUVIS ESTELA ACOSTA DE FERNANDEZ, según lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

Reconócese al abogado FREDDY ROLANDO PÉREZ HUERTAS como apoderado 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
Presidente de la Sección

IMPEDIDO

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN