

ACCIÓN ESPECIAL DE REVISIÓN – Puede romper principio de cosa juzgada

la Sala considera necesario recordar que la acción especial de revisión es un mecanismo excepcional, que puede romper el principio de la cosa juzgada, siempre que estén reunidas las causales previstas en la ley. (...) Por lo tanto, esta excepción tampoco puede tener despacho favorable, puesto que, precisamente, de estar reunidos los requisitos para ello y sin que sea posible reabrir el debate de las instancias, es posible revisar una sentencia que puso fin a un proceso, con el fin de garantizar la justicia material a la luz de las causales taxativas previstas en la ley

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 252 / LEY 797 DE 2003 – ARTÍCULO 20

NOTA DE RELATORÍA: Sobre legitimidad del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República para formular el Recurso Extraordinario de Revisión contra sentencia que impone prestaciones económicas a cargo del Tesoro Nacional ver Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Cuarta. Sentencia del 22 de septiembre de 2016. (AC). M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia. Radicación: 11001-03-15-000-2015-02763-01

CONGRESISTAS – Requisitos para la aplicación del régimen de transición

[Q]uienes hubiesen sido senadores o representantes antes del 1 de abril de 1994, fueran o no elegidos para legislaturas posteriores y tuvieran para dicha fecha, en el caso específico de los hombres, 40 años de edad y cotizado o prestado sus servicios durante 15 años o más, tenían derecho a la aplicación del régimen de transición de los congresistas. (...) (ix) Valga igualmente destacar que al señor Valdivieso Sarmiento se le reconoció la pensión el 21 de julio de 2005, es decir, cuando aún estaba vigente el parágrafo del artículo 2 del Decreto 1293 de 1994, pues éste fue declarado nulo en sentencia del 27 de octubre de 2005; por consiguiente tenía derecho a que se le liquidara la pensión con base en las normas especiales que gobernaban el régimen de transición de los congresistas, habida cuenta que fue Representante a la Cámara antes del 1 de abril de 1994 (20 de julio de 1986 al 19 de julio de 1988) y también entre el 20 de julio de 1991 al 30 de noviembre de 1991

FUENTE FORMAL: DECRETO 1293 DE 1994 – ARTÍCULO 2 / LEY 4 DE 1992 – ARTÍCULO 17 / DECRETO 1359 DE 1993 – ARTÍCULO 1 / DECRETO 1359 DE 1993 – ARTÍCULO 4 / DECRETO 1359 DE 1993 – ARTÍCULO 7

MONTO DE LA PENSIÓN DE CONGRESISTAS – Debe corresponder a lo recibido por el beneficiario el último año / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN – Fundado

[E]l monto de la pensión de los Congresistas debe corresponder a lo que de manera directa y específica con su situación individualmente considerada recibiera durante el último año el respectivo beneficiario y no tomando el promedio que en general devengarán los congresistas durante dicho periodo, ni teniendo en cuenta la totalidad de los rubros que de manera general y abstracta cobijara a los miembros del Congreso. El Consejo de Estado- Sección Segunda, Subsección A, mediante sentencia proferida el 21 de octubre de 2010, ordenó la reliquidación de la pensión del señor Rafael Crisanto Valdivieso Sarmiento, “teniendo en cuenta el 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devenguen los congresistas en ejercicio a la fecha en que se decretó la prestación, a partir del 17 de septiembre de 2003” (...) la cuantía de la mesada pensional

reconocida al señor Valdivieso Sarmiento excede lo que en derecho le correspondía y, al ordenar su reliquidación, la sentencia objeto de revisión desconoció lo establecido en la sentencia C-608 de 1999, dado que no había lugar a calcularla con un ingreso mensual promedio diferente al que individualmente considerado éste devengó en el último año de servicios. En ese orden de análisis, para la Sala se configura la causal señalada por el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, que posibilita la revisión de las providencias judiciales que hayan reconocido sumas periódicas de dinero a cargo del tesoro público, “cuando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido”

FUENTE FORMAL: LEY 797 DE 2003 – ARTÍCULO 20

DEVOLUCIÓN DE MAYORES VALORES – No procede respecto a particulares de buena fe

en cuanto a la pretensión de que sean devueltos los mayores valores reconocidos por virtud de la sentencia motivo de revisión, se dará prosperidad a la excepción invocada por la parte demandada, puesto que, atendiendo lo previsto por el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- Ley 1437 de 2011, “no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe”

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 164

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA DIECIOCHO ESPECIAL DE DECISIÓN

Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D.C., cinco (5) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2012-01909-00(REV)

Actor: FONDO DE PREVISION SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA- FONPRECON

Demandado: RAFAEL CRISANTO VALDIVIESO SARMIENTO

Corresponde a la Sala resolver la demanda interpuesta por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República- FONPRECON, con fundamento en lo previsto por el artículo 20 de la Ley 797 del 29 de enero de 2003¹.

¹ “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley [100](#) de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.”

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. La parte actora formuló la siguiente pretensión²:

“[...]

Con base en lo expuesto, solicito de manera respetuosa a esta honorable Corporación que invalide la sentencia proferida por la Sección Segunda Subsección “A” Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de fecha 21 de octubre de 2010, dentro del proceso 25000232500020051034801, radicación interna 0968 de 2008 al resolver el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2007 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección A, magistrada ponente CARMEN ALICIA RENGIFO, dada la causal invocada y se dicte la sentencia que en derecho corresponda en la cual se absuelva a la demandada de todas y cada una de las pretensiones impetradas y en consecuencia ordenar al señor RAFAEL CRISANTO VALDIVIESO SARMIENTO en calidad de pensionado, reintegrar al FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, los mayores valores pagados por concepto de reliquidación de la pensión ordenados por la sentencia objeto de revisión.

[...]”.

1.2. Fundamento fáctico:

Como sustento de la citada pretensión, se extraen los siguientes hechos³:

El señor Rafael Crisanto Valdivieso Sarmiento, el 19 de julio de 2004, solicitó al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República el reconocimiento y pago de su derecho pensional.

Mediante la Resolución nro. 0995 del 21 de julio de 2005, el Fondo de Previsión Social le reconoció la pensión, con una mesada del orden de \$3.506.526,90 mensuales, liquidada con el 75% del último salario que devengaba cuando fue congresista, cuyo cálculo se efectuó por el periodo comprendido entre el 20 de julio de 1991 y el mes de julio del año siguiente, y se hizo efectiva a partir del 20 de mayo de 2005.

El 31 de octubre de 2005 el beneficiario solicitó se revocara el contenido de la Resolución 995 de 2005, para que su pensión se reconociera a partir del 17 de septiembre de 2003, fecha en la que cumplió los 55 años de edad, en un monto del

² Folio 28 cuaderno 1.

³ Folios 8 a 10 cuaderno 1.

75% del salario mensual promedio devengado por un congresista en ejercicio en el año 2003, de conformidad con el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 y los artículos 5, 6 y 7 del Decreto 1359 de 1993.

El Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, mediante la Resolución 1966 del 7 de diciembre de 2005, modificó la Resolución 995 de 2005, en el sentido de reconocerle el derecho pensional a partir del 17 de septiembre de 2003, y le negó la reliquidación del monto de la pensión, con fundamento en la sentencia C-608 de 1999 proferida por la Corte Constitucional.

El interesado demandó los mencionados actos, y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Segunda, Subsección A, en sentencia del 29 de noviembre de 2007 negó las súplicas de la demanda, con base en lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-608 de 1999, que declaró la exequibilidad condicionada del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, en el entendido que el ingreso mensual promedio al que se refiere la norma, es el devengado por cada congresista individualmente considerado.

La anterior decisión fue apelada y el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia del 21 de octubre de 2010 la revocó y en su lugar condenó a FONPRECON a reliquidar la pensión de jubilación del demandante, tomando como base el 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devengaran los congresistas en ejercicio al 21 de julio de 2005, fecha en la que se dispuso el reconocimiento.

1.3. La causal de revisión invocada:

La parte demandante citó como causal la prevista en el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, por considerar que la providencia judicial atacada impuso el reconocimiento y pago de una prestación periódica a cargo del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República y determinó una cuantía que excede lo debido, de acuerdo con la ley que le era legalmente aplicable.

Adujo que la cuantía de la mesada pensional reconocida al señor Rafael Crisanto Valdivieso excede lo que en derecho le corresponde, teniendo en cuenta que la sentencia objeto de revisión, al ordenar su reliquidación, tomó como base el 75%

del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devengaran los congresistas en ejercicio al 21 de julio de 2005, desconociendo el mandato que la Corte Constitucional estableció en la sentencia C-608 de 1999 y que el último año de servicio de éste como congresista, tuvo lugar en el año 1991.

Explicó que la pensión del señor Valdivieso Sarmiento para el año 2003, fue liquidada según lo establecido por la sentencia C-608 de 1999 y ascendió a la suma de \$3'121.159.18, resultante de tomar como base el ingreso percibido durante el último año por el peticionario (1991), actualizado al año 2003, fecha en la que se hizo efectiva.

Mientras que la sentencia proferida por la Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación obligó a que el monto de la pensión ascendiera para el año 2003 a la suma de \$12'058.718.32, la cual, además de lesionar seriamente el patrimonio de la entidad, constituía una flagrante violación a los principios de seguridad social, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-608 de 1999.

2. LA OPOSICIÓN:

El señor Rafael Crisanto Valdivieso Sarmiento, en su condición de abogado, actuando en nombre propio, contestó la demanda en oportunidad, manifestando que se oponía a las pretensiones, por considerar que el Consejo de Estado en la sentencia del 21 de octubre de 2010, no hizo otra cosa que desentrañar el verdadero alcance de los artículos 17 de la Ley 4 de 1992, 5 y 6 del Decreto 1359 de 1993 y 1, 2 y 3 del Decreto 1293 de 1994, conforme a la sentencia C-608 de 1999 de la Corte Constitucional, otorgándosele el derecho que injustificadamente la entidad demandada siempre le ha querido arrebatar.

Como argumentos de defensa invocó los siguientes⁴:

2.1. *“No tiene explicación porqué (sic) los congresistas pensionados antes de la entrada en vigencia (sic) de la Ley 4ª de 1992 y beneficiarios del “reajuste especial” para la fecha en que me reconocieron la pensión quedaron devengando más por concepto de pensión que quienes como en mi caso adquirimos el derecho en plena vigencia de la citada ley”:*

⁴ Folios 49 a 84 cuaderno 1.

Expuso que en desarrollo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1359 de 1993, el cual en su artículo 17 estableció un reajuste especial para los senadores y representantes a la Cámara que se pensionaron con anterioridad a la vigencia de la Ley 4 de 1992, disposición que fue modificada por el artículo 7 del Decreto 1293 de 1994.

Afirmó que el reajuste especial de la mesada pensional por una sola vez se previó para Senadores y Representantes a la Cámara que se hubieran pensionado con anterioridad a la vigencia de la Ley 4 de 1992 y, se originó en razones de equidad y justicia respecto de aquellos cuya mesada se había desactualizado en comparación con la pensión de jubilación de los pensionados con posterioridad a la vigencia de la Ley 4 de 1992.

Aseveró que el reajuste especial reconocido a los congresistas pensionados antes de la Ley 4 de 1992 ha sido objeto de los incrementos cada año en un porcentaje igual o equivalente al salario mínimo legal vigente tal como lo precisó el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 y la Corte Constitucional.

Explicó que en su caso no era beneficiario del reajuste especial, por cuanto no se pensionó antes de la Ley 4 de 1992, pese a haber cumplido para ese momento más de 20 años de servicio y por tal razón tenía derecho a dicha prestación una vez cumpliera la edad exigida, lo que ocurrió en el año 2003 y se adecuó a los supuestos previstos en los artículos 2 y 3 del Decreto 1293 de 1994.

2.2. “El Consejo de Estado nunca le ha dado interpretaciones erróneas a la sentencia C-608 de 1999, proferida por la Corte Constitucional, como equivocadamente lo ha señalado la entidad demandante en el recurso extraordinario de revisión:

Sostuvo que esta Corporación en reiteradas sentencias ha venido aplicando la sentencia C-608 de 1999 de la Corte Constitucional, para decidir de fondo el derecho pensional de ex Congresistas y ex Magistrados de Altas Cortes y le ha dado la interpretación que corresponde, *“tal es (el) caso a manera de ejemplo de quienes fueron congresistas un corto lapso de tiempo, (sic) en cuyos casos, fundamentado en dicha decisión de la Corte Constitucional ha denegado aquellas pretensiones inferidas al reconocimiento de las pensiones en los términos*

establecidos en los artículos 17 de la Ley 4 de 1992 y 5º, 6º y 7º del Decreto 1359 de 1993.”

Luego de citar varias providencias proferidas por esta Corporación⁵, indicó que su caso era muy distinto, puesto que su paso por el Congreso en condición de Representante a la Cámara, no fue de pocos días o meses y que las certificaciones que le expidió el Congreso dan cuenta que durante el periodo constitucional de 1986 a 1990 fue congresista 11 meses y luego desde el 18 de febrero al 30 de noviembre de 1991, es decir, durante 10 meses y 22 días, fecha esta cuya dejación del cargo no obedeció a voluntad propia sino a la disolución del Congreso para darle paso a la Asamblea Nacional Constituyente.

Aseguró que el derecho pensional que le fue reconocido no excede lo debido conforme a la ley, y no tiene explicación que la entidad recurrente le disminuyera el valor de la mesada pensional en julio de 2013, sin contar con su consentimiento.

Agregó que la sentencia motivo de este recurso extraordinario hizo precisión sobre los requisitos para acceder a la pensión, esto es, edad y tiempo de servicios, los cuales se adecuaron a los supuestos señalados en los artículos 2 y 3 del Decreto 1293 de 1994 que ordenaron reconocerle y liquidarle la pensión en el monto establecido en el Decreto 1359 de 1993, por lo tanto, no excede lo debido.

Propuso como excepciones:

- Falta de titularidad para ejercer y solicitar la revisión extraordinaria.
- Inepta demanda por falta de los requisitos del recurso extraordinario.
- Cosa juzgada y,
- No hay lugar a recuperar prestaciones pagadas a particulares de buena fe.

Solicitó la práctica de pruebas⁶.

El Ministerio Público no rindió concepto.

3. LA SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN:

⁵ Entre otras, sentencia del 2 de mayo de 2013. Expediente radicación nro. 25000 23 25 000 2008 - 00763 01 (1149-2012); sentencia del 10 de noviembre de 2010. Expediente nro. 25000 23 25 000 2007-00176-01 (N.I. 0123-2010) y sentencia del 23 de febrero de 2012. Expediente radicación 25000 23 25 000 2007 00600101 (N.I. 0045-2010).

⁶ Folios 82 a 84 cuaderno 1.

Corresponde a la providencia de segunda instancia, proferida el 21 de octubre de 2010, por el Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda, Subsección A, que dispuso lo siguiente:⁷

*“[...] **REVÓCASE** la sentencia de 29 de noviembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección A, por medio de la cual denegó las súplicas de la demanda, dentro del proceso promovido por RAFAEL CRISANTO VALDIVIESO SARMIENTO.*

En su lugar se dispone:

PRIMERO.- DECLARASE LA NULIDAD parcial de las Resoluciones Nos. 0995 y 1966 de 21 de julio y 7 de diciembre de 2005, expedidas por el Director del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, que reconocieron de manera incorrecta la pensión mensual vitalicia de jubilación del actor RAFAEL CRISANTO VALDIVIESO SARMIENTO.

SEGUNDO.- CONDÉNASE al FONDO DE PREVISION SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA a reliquidar la pensión de jubilación reconocida al demandante RAFAEL CRISANTO VALDIVIESO SARMIENTO, tomando como base el 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devenguen los congresistas en ejercicio al día (al día sic) 21 de julio de 2005, fecha en que se decretó la prestación, teniendo en cuenta para ello los factores de salario que para ese año certifique la Honorable Cámara de Representantes, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, con sus correspondientes reajustes legales.

Para el efecto, la Entidad demandada se servirá establecer la cuantía de la diferencia con el valor que la misma entidad canceló efectivamente al actor y lo que debió cancelar conforme a lo ordenado en esta providencia. Las sumas que resulten a favor del demandante, se ajustarán en su valor como lo ordena el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, (...).

El fondo de Previsión Social del Congreso de la República, dará cumplimiento a este fallo dentro del término establecido en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo y observando lo dispuesto en los artículos 177 y siguientes ibídem. [...].”

Para sustentar tal decisión, revisó el contenido de la Resolución nro. 0995 de 2005, que liquidó la pensión del señor Valdivieso Sarmiento con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios como representante a la Cámara, para concluir que su situación se subsumía dentro de los presupuestos señalados en los artículos 2 y 3 del Decreto 1293 de 1994, pues para el 1 de abril de 1994, contaba con una edad que excedía los 45 años, prestó sus servicios por más de 20 años en diferentes entidades de derecho público, incluido el Congreso de la República y cotizó en parte en el sector privado ante el Instituto de Seguros Sociales, por lo que no le era aplicable el régimen pensional del Sistema General de Seguridad Social

⁷ Folios 486 a 510 cuaderno anexo.

Integral establecido en la Ley 100 de 1993, y mucho menos sus decretos reglamentarios.

Analizó, que en consecuencia, era beneficiario del régimen de transición, por lo que el monto de su pensión y la forma de liquidación estaban gobernadas por el Decreto 1359 de 1993, aplicable al presente asunto por remisión expresa del Decreto 1293 de 1994.

4. EL TRÁMITE

4.1. La demanda fue asignada en reparto del 10 de octubre de 2012 y correspondió al despacho de la Consejera Olga Mélida Valle de la Hoz⁸.

4.2. Mediante auto del 10 de julio de 2013, previo a resolver sobre la admisión, la consejera ponente fijó caución⁹.

4.3. Por auto del 11 de septiembre de 2013, se admitió la demanda y se ordenó notificar personalmente al señor Rafael Crisanto Valdivieso, así como al señor agente del Ministerio Público¹⁰.

4.4. A través de auto del 6 de noviembre de 2013, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes¹¹.

4.5. El 27 de enero de 2016, la magistrada conductora del proceso se declaró impedida para seguir conociendo del asunto, por tener interés directo, al debatirse el régimen pensional especial de congresistas, aplicable a los Magistrados de Altas Cortes¹², el cual fue resuelto en proveído del 1 de marzo de 2016 que declaró fundado su impedimento y por dicha razón el expediente pasó al señor consejero que le seguía en orden¹³.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1. CUESTIÓN PREVIA

⁸ Folios 31 cuaderno 1.

⁹ Folio 33 a 35 cuaderno 1.

¹⁰ Folios 40 a 43 cuaderno 1.

¹¹ Folios 86 y 87 cuaderno 1.

¹² Folios 166 y 167 cuaderno 1.

¹³ Folios 169 a 172 cuaderno 1.

3.1.1. La Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, mediante escrito del 3 de septiembre de 2018, manifestó su impedimento para conocer del presente caso¹⁴ y para ello se sustentó en lo previsto por el numeral 2° del artículo 160 A del Código Contencioso Administrativo¹⁵.

3.1.2. La Consejera indicó que se encontraba incurso en la causal señalada en el numeral 2° del artículo 141 del Código General del Proceso¹⁶, por “(...) Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente”, en razón a que participó como integrante de la Sala de la sentencia de primera instancia proferida dentro del presente asunto, cuando hacía parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A. (destacado en el impedimento).

En consecuencia, la Sala se pronuncia sobre el aludido impedimento en los siguientes términos:

3.1.3. Comoquiera que la presente demanda fue radicada el 10 de octubre de 2012, fecha para la cual ya estaba vigente el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- Ley 1437 de 2011¹⁷, deberá darse aplicación a dicha normativa.

3.1.4. El artículo 249 de la Ley 1437 de 2011 dispone: “(...) *De los recursos de revisión contra las sentencias dictadas por las secciones o subsecciones del Consejo de Estado conocerá la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sin exclusión de la sección que profirió la decisión*”. (se destaca).

¹⁴ Folio 174 del cuaderno 1.

¹⁵ Cuando en un consejero o magistrado concorra alguna de las causales señaladas en este artículo, deberá declararse impedido en escrito dirigido al ponente, o a quien le siga en turno si el impedido es éste, expresando los hechos en que se fundamenta tan pronto como advierta su existencia, para que la Sala, Sección o Subsección resuelva de plano sobre la legalidad del impedimento. Si lo encuentra fundado, lo aceptará y sólo ordenará sorteo de conjuez cuando se afecte el quórum decisorio.

¹⁶ Agregando que si bien el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo remite al Código de Procedimiento Civil como quiera que dicho estatuto fue derogado por la Ley 1564 de 2012 Código General del Proceso, se daría aplicación a dicha normativa.

¹⁷ Entró a regir el 2 de julio de 2012.

3.1.5. La causal que invoca la señora Consejera consagrada en el numeral 2 del artículo 141 del Código General del Proceso, prevé que constituye causal de impedimento que el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral 1¹⁸, hayan conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior.

3.1.6. En el caso bajo examen, la Sala observa que la Magistrada Sandra Lisset Ibarra Vélez, en su calidad de integrante de la Subsección A, Sección Segunda, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, suscribió la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2007, la cual, a su vez, fue revocada el 21 de octubre de 2010 por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, que es precisamente motivo de revisión.

3.1.7. En ese sentido, pese a que el artículo 249 de la Ley 1437 de 2011 prevé que no hay lugar a excluir a la Sección que profirió el respectivo fallo y que en este evento la señora Consejera participó en la decisión de primera instancia, la Sala declarará fundado el impedimento, teniendo en cuenta que la sentencia de segunda instancia, se examina en el marco de la causal señalada por el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, que posibilita la revisión del reconocimiento de sumas periódicas a cargo del tesoro público o de fondos de naturaleza pública.

Valga anotar que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en providencia del 12 de mayo de 2015¹⁹, se pronunció declarando infundado un impedimento en un recurso extraordinario de revisión, por considerar que no se trata de una instancia anterior sino que comporta un nuevo proceso; sin embargo, frente a esta materia la Corporación también ha dicho²⁰:

“[...]”

Esta Sala de Decisión considera del caso precisar, que el precedente de la Sala Plena no excluye la posibilidad de estudiar la imparcialidad y la objetividad que deben guiar las decisiones del juez con base en las siguientes consideraciones, a partir de las cuales debe entenderse que no es la simple participación en la sentencia objeto de revisión lo que genera el impedimento:

¹⁸ Parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.

¹⁹ C.P. Guillermo Vargas Ayala. Expediente radicación número: 11001-03-15-2012-02124-00.

²⁰ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala Decisóis Especial de Decisión. Auto del 1 de agosto de 2017. C.P. César Palomino Cortés. Expediente radicación nro. 11001-03-15-000-2013-01008-00(A).

El artículo 249 de la Ley 1437 de 2011 señala que “*de los recursos de revisión contra las sentencias dictadas por las secciones o subsecciones del Consejo de Estado conocerá la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sin exclusión de la sección que profirió la decisión”.* (Subrayado en texto).

La expresión subrayada fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-450 de 2015, con ocasión de una demanda que cuestionaba, entre otros asuntos, una posible afectación al principio de imparcialidad que rige la actividad judicial, en la medida en que un consejero que había conocido el asunto en cualquier instancia, volvería a abordar el estudio del mismo en sede de revisión.

En dicha sentencia, la Corte declaró la exequibilidad de la expresión, tras considerar que:

“En este evento se pueden aplicar todas las causales de impedimento señaladas en el artículo 11 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las cuales salvaguardan la imparcialidad de los Magistrados que participen en el debate y deberán decidirse en cada caso concreto, sin que exista una exclusión automática de toda la sala que participó en la decisión. De esta manera, la expresión demandada simplemente implica que no se puede excluir de plano a todos los Magistrados de la Sección o Subsección, pero en ningún momento permite concluir que no deba decidirse en cada caso concreto si se presenta una causal de impedimento, por lo cual es claro que no se afectan los principios de imparcialidad e independencia judicial” (Subrayado en la sentencia que la cita).

Así pues, destaca la Sala, que el régimen de impedimentos se fundamenta en la necesidad de preservar la integridad moral del funcionario que reconoce la existencia de situaciones de hecho que pueden comprometer su criterio en la decisión y, de otra parte, constituye una garantía de imparcialidad y transparencia de la justicia en las decisiones que emite en los casos de su conocimiento.

(...)

Así, es claro que aunque se trate de un proceso distinto, lo cierto es que el recurrente cuestiona la interpretación jurídica y probatoria efectuada por la Subsección que profirió la sentencia objeto de revisión, de la cual hizo parte el consejero que manifiesta su impedimento. En esa medida, resulta evidente para esta Sala de Decisión que existe una afectación a la imparcialidad objetiva²¹ del consejero, que puede comprometer su juicio al valorar la sentencia objeto de recurso.

Por lo anterior, en criterio de esta Sala, la expresión instancia anterior contenida en el numeral 2 del artículo 141 del Código General del Proceso, aplicable por expresa remisión del artículo 130 de la Ley 1437 de 2011, debe interpretarse en un contexto más amplio y no como una referencia meramente jerárquica.

²¹ “La imparcialidad objetiva hace referencia a que un eventual contacto anterior del juez con el caso sometido a su consideración, desde un punto de vista funcional y orgánico, excluya cualquier duda razonable sobre su imparcialidad”. Sentencia T-1034 de 2006. Corte Constitucional. M.P. Humberto Sierra Porto.

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido esa postura, en relación con los recursos extraordinarios de revisión y casación propios de la jurisdicción ordinaria. Así, ha dicho la Corte:

“Aunque, es cierto, la referida causal objetivamente tiene lugar cuando, en lo que concierne al caso, el magistrado ha conocido del proceso respectivo en “instancia anterior”, característica de la que carecen los recursos de casación y revisión, precisamente por ser medios de impugnación extraordinarios, esto implica que, en principio, no habría lugar a aceptar el impedimento manifestado.

Más, cabe resaltarse que como el instituto de los impedimentos asegura la vigencia de los principios de imparcialidad e independencia (...) la causal de impedimento en cuestión no puede ser aplicada así literalmente, sino que debe ser examinada en función de tales valores.

Desde luego que si con anterioridad el funcionario judicial, en instancia o en el trámite de un recurso extraordinario, ha conceptuado explícitamente o efectuado un pronunciamiento sobre cuestiones que también se involucran en el recurso de revisión, es natural que, dada su condición humana, se sienta inclinado por defender las tesis que sobre el particular expuso en esa ocasión. En este evento, como es apenas de verse, su neutralidad estaría en duda, lo cual por sí dejaría en entredicho el derecho de los justiciables a que sus diferencias se compongan de manera imparcial, objetiva y autónoma.

Por esto, si existe algún motivo que pueda contaminar la imparcialidad debida o que conlleve al recelo o desconfianza del usuario del servicio judicial, en la hipótesis de que el magistrado, llamado a conocer del recurso de revisión, haya comprometido en otra actuación judicial que no pueda calificársele como “instancia anterior”, su criterio o decisión sobre asuntos que tengan relación con el anotado recurso, es claro que para garantizar la vigencia de los supraindicados valores, el impedimento excepcionalmente resultaría viable”²² (Subrayado fuera de texto).

*A juicio de la Sala, el propósito de la norma en la que se funda el impedimento manifestado, no es solamente que se separe del conocimiento de un asunto a un funcionario que ya haya conocido del proceso en una instancia inferior, sino que el juez que ya analizó de fondo una situación jurídica particular deba hacer otro pronunciamiento sobre el mismo asunto en una instancia posterior.
[...]*” (destacado en la providencia)

Para esta Sala de Decisión, la anterior interpretación recoge el fin superior que comporta una recta y eficaz administración de justicia, brindando garantías de imparcialidad y objetividad, pues se separa del conocimiento a un funcionario judicial que, como en este caso, participó en la decisión de primera instancia que posteriormente fue revocada por esta Corporación, siendo ésta última la providencia cuestionada, razón por la cual se declarará fundado el impedimento.

2. COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO:

²² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente R-1100102030002006-01638-00. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar. Auto de 11 de diciembre de 2006.

La competencia para conocer de esta clase de acciones radica en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, a través de las Salas Especiales de Decisión, creadas por el artículo 107 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- Ley 1437 del 18 de enero de 2011, artículo que prevé:

“(...) Créanse en el Consejo de Estado las salas especiales de decisión, además de las reguladas en este Código, encargadas de decidir los procesos sometidos a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, que esta les encomiende, salvo de los procesos de pérdida de investidura y de nulidad por inconstitucionalidad. Estas Salas estarán integradas por cuatro (4) Magistrados, uno por cada una de las secciones que la conforman, con exclusión de la que hubiere conocido del asunto, si fuere el caso. La integración y funcionamiento de dichas salas especiales, se hará de conformidad con lo que al respecto establezca el reglamento interno.

[...]”

A su vez el Acuerdo 321 de 2014, *“por medio del cual se reglamenta la integración y funcionamiento de las Salas Especiales de Decisión de que trata el artículo 107 de la Ley 1437 de 2011”*, determinó:

“[...] Artículo 2°. Las Salas Especiales de Decisión decidirán los siguientes asuntos de competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo:

- 1. Los recursos extraordinarios de revisión interpuestos contra las sentencias de las Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado.*
- 2. Los recursos extraordinarios de súplica asignados a las Salas Especiales Transitorias de Decisión, creadas por el artículo 3º de la Ley 954 de 2005, mientras estuvo vigente.*
- 3. Los demás procesos que les sean asignados por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. [...]”*

En lo referente al procedimiento, el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 estableció la acción especial de revisión contra las providencias que reconozcan sumas periódicas de dinero, o pensiones a cargo del tesoro público o de fondos de naturaleza pública, la cual debe tramitarse por el procedimiento señalado para el recurso extraordinario de revisión en el respectivo código y, como en este caso, la demanda fue presentada el 10 de octubre de 2012, esto es, en vigencia de la Ley 1437 de 2011, debe aplicarse lo allí dispuesto.

3. OPORTUNIDAD:

La sentencia del 21 de octubre de 2010 proferida por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección A, quedó

ejecutoriada el 11 de febrero de 2011, según constancia visible a folio 511 reverso del cuaderno anexo y la presente demanda fue radicada el 10 de octubre de 2012²³.

En consecuencia para el cómputo del término para interponerla debe tenerse en cuenta lo siguiente:

El artículo 306 de la Ley 1437 de 2011 dispone:

*“[...] **ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA.** El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.*

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior. [...] (se destaca)

Por su parte el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 prescribe:

[...] Art. 40.- Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

[...]” (se destaca)

Habida cuenta que la sentencia quedó ejecutoriada el 11 de febrero de 2011, y el artículo 187²⁴ del Código Contencioso Administrativo previó que el recurso debía interponerse dentro de los dos (2) años siguientes a la firmeza, se colige que contado a partir de su presentación transcurrieron 1 año y 8 meses desde su ejecutoria y por ende fue interpuesta en tiempo.

4. EXCEPCIONES INVOCADAS:

El señor Rafael Crisanto Valdivieso Sarmiento, al contestar la demanda, propuso los siguientes medios exceptivos, que serán resueltos en el mismo orden planteado, así:

²³ Folio 31 cuaderno 1.

²⁴ El artículo 187 del C.C.A. estableció: “Término para la interposición del recurso. El recuso deberá interponerse dentro de los dos (2) años siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia”.

4.1. Falta de titularidad para ejercer y solicitar la revisión extraordinaria:

Expuso que el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 es claro en establecer que el titular del recurso extraordinario de revisión es el Gobierno, por conducto del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social o el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; el Contralor General de la República, o el Procurador General de la Nación, y como en el presente caso, la acción no se inició por solicitud del Gobierno Nacional, pues el poder fue otorgado por el Director del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, es insuficiente que una funcionaria del Ministerio de la Protección, mediante comunicación obrante en el expediente, se haya limitado a emitir un oficio, donde solicitó se surtiera el trámite de revisión contra la sentencia.

Para resolver esta excepción, la Sala debe tener en cuenta que aunque el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República fue el que instauró la presente demanda, también lo es que, mediante memorial radicado el 30 de agosto de 2012, la Jefe Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social manifestó²⁵:

*“[...] de manera respetuosa solicito a esa Corporación surtir el trámite de la **ACCIÓN DE REVISIÓN**, contra la sentencia de segunda instancia proferido por el Consejo de Estado – Sección Segunda- Subsección A, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral instaurada por el señor **RAFAEL CRISANTO VALDIVIESO SARMIENTO**, la cual será interpuesta, a través de apoderado, por **EL FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA**.”*

Por ende, el Ministerio de Trabajo con su escrito no solo avaló la demanda, sino que ratificó su presentación.

Aunado a lo anterior, la Corporación ya se ha pronunciado en otros eventos frente a esta misma excepción, para concluir que el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República sí está legitimado para instaurar esta clase de acción; así lo ha dicho en el siguiente sentido²⁶:

“[...] estima la Sala que el documento suscrito por el Ministerio de la Protección Social allegado con la demanda especial de revisión, constituye,

²⁵ Folio 265 al 273 cuaderno único.

²⁶ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Cuarta. Sentencia del 22 de septiembre de 2016. (AC). M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia. Radicación: 11001-03-15-000-2015-02763-01.

sin duda, un poder para interponer la acción especial de revisión, toda vez que fue suscrito por el funcionario que tiene a su cargo la representación judicial del ministerio en ejercicio del derecho de postulación previsto en el artículo 65 del C. de P C.²⁷

Además, según se aprecia, en el mencionado escrito se delimitó el asunto para el que FONPRECON quedó autorizado para presentar la demanda especial de revisión, toda vez que en el escrito mencionado se reseñó que sería para ejercer la acción contra las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

No tenerlo como tal, estima la Sala, conllevaría a vulnerar el derecho de acceso a la administración de justicia de Ministerio del Trabajo, máxime si se tiene en cuenta que desde el 22 de abril de 2008 se admitió la demanda especial de revisión, por considerar que se cumplían los requisitos previstos en el C.C.A., procedimiento aplicable a ese asunto por remisión expresa del artículo 20 de la Ley 797 de 2003. [...]"

Conforme con lo expuesto, esta excepción no prospera.

4.2. Inepta demanda por falta de los requisitos del recurso extraordinario:

El señor Valdivieso Sarmiento manifestó que, acorde con los artículos 252 de la Ley 1437 de 2011 y 20 de la Ley 797 de 2003, el titular del recurso extraordinario de revisión es el Gobierno nacional y como en este caso fue promovido por una entidad distinta no se cumplió con la exigencia de designación de la parte actora. Además, que los hechos en que se fundamentó el recurso *“se limitaron a efectuar una relación de circunstancias subjetivas, sin mencionar el nexo causal entre esos hechos y la acción u omisión de la sentencia, pues no controvierte las consideraciones o fundamentos del fallo recurrido”*.

Para la Sala esta excepción tampoco tiene vocación de prosperidad, por las siguientes razones:

En cuanto a la predicada falta de legitimación en la causa por activa del Fondo de Previsión Social del Congreso, se trata de un asunto analizado en el punto anterior, por lo que debe estarse a lo allí resuelto, y en lo que tiene que ver con los requisitos que debe cumplir la demanda, es menester indicar que el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 establece que la revisión se tramitará por el procedimiento señalado para el recurso extraordinario de revisión; a su vez, el artículo 252 de la Ley 1437 de 2011, los prevé así:

²⁷ Artículo 63. Las personas que hayan de comparecer al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado inscrito, excepto en los casos en que la ley permite su intervención directa.

*“[...] **ARTÍCULO 252. REQUISITOS DEL RECURSO.** El recurso debe interponerse mediante escrito que deberá contener:*

- 1. La designación de las partes y sus representantes.*
- 2. Nombre y domicilio del recurrente.*
- 3. Los hechos u omisiones que le sirvan de fundamento.*
- 4. La indicación precisa y razonada de la causal invocada.*

Con el recurso se deberá acompañar poder para su interposición y las pruebas documentales que el recurrente tenga en su poder y solicitará las que pretende hacer valer.

[...]”

En el caso concreto, lo que se pretende fue debidamente expresado con precisión y claridad, además de que los hechos y omisiones que sirven de fundamento fueron suficientemente determinados; por lo tanto, no se configura una inepta demanda.

4.3. Cosa juzgada:

El demandado aduce que en el presente asunto se probó que la sentencia que puso fin al proceso fue proferida en segunda instancia por el Consejo de Estado, y contra ella no procede recurso ordinario de apelación, motivo por el cual quedó ejecutoriada, de allí que es imposible modificar los supuestos jurídicos que implicaron la declaratoria de nulidad de los actos acusados y el restablecimiento del derecho y, por ende, la sentencia es intangible e inmodificable.

Al respecto la Sala considera necesario recordar que la acción especial de revisión es un mecanismo excepcional, que puede romper el principio de la cosa juzgada, siempre que estén reunidas las causales previstas en la ley.

Para ilustrar el alcance de este mecanismo, la Corporación ha explicado lo siguiente:²⁸

“[...]”

*Esta acción especial se caracteriza, entre otros, porque las causales de revisión no se limitan a errores in procedendo sino que incluyen errores in iudicando –hermenéuticos-. Y, además de las causales establecidas para el recurso extraordinario de revisión, procede cuando: **i)** el reconocimiento de la pensión se haya obtenido con violación al debido proceso y, **ii)** la cuantía del*

²⁸ Consejo de Estado- Sala Especial Decisión número 13 de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 04 de abril de 2017. Expediente radicación: 11001-03-15-000-2007-01084-00. Consejero Ponente: Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

*derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legalmente aplicables*²⁹.

*Esa configuración especial, que no requiere el señalamiento de las causales propias del recurso extraordinario de revisión, se explica por la finalidad asociada a la acción especial: “[la de] afrontar los graves casos de corrupción en esta materia [se refiere a reconocimiento de sumas periódicas de dinero o pensiones] y evitar los graves perjuicios que pueda sufrir la Nación*³⁰. [...]”.

Por lo tanto, esta excepción tampoco puede tener despacho favorable, puesto que, precisamente, de estar reunidos los requisitos para ello y sin que sea posible reabrir el debate de las instancias, es posible revisar una sentencia que puso fin a un proceso, con el fin de garantizar la justicia material a la luz de las causales taxativas previstas en la ley.

4.4. No hay lugar a recuperar prestaciones pagadas a particulares de buena fe:

El demandado expuso que, con base en lo previsto por el hoy artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, anterior artículo 136 del C.C.A., no hay lugar a recuperar prestaciones pagadas a particulares de buena fe y, como en su caso, adquirió el derecho a la pensión de esa manera, ante una eventual prosperidad de este recurso, no estaría obligado a devolver las sumas que le fueron pagadas.

Para resolver esta excepción, la Sala deberá previamente examinar el fondo del asunto, por lo que, de salir avante las pretensiones, se abordará su estudio.

5. Hechos probados:

Revisado el caso bajo estudio, está acreditado lo siguiente:

²⁹ Otras características definitorias se presentan en materia de (i) legitimidad para interponer la demanda de revisión: radica en el Gobierno, a través de los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social o de Hacienda y Crédito Público, el Contralor General de la República o el Procurador General de la Nación; (ii) competencia para su conocimiento: Consejo de Estado o a la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con sus competencias.

³⁰ Gaceta del Congreso No. 350, 23 de agosto de 2002, pág. 16. Finalidad reconocida por el Consejo de Estado al señalar que “*constituye un mecanismo que hace parte del engranaje de la reforma pensional plasmada en la citada ley [se refiere a la Ley 797 de 2003], que tuvo como uno de sus propósitos la reducción del déficit fiscal para hacer viable financieramente el sistema pensional*”. Consejo de Estado, Sección Segunda, auto del 27 de marzo de 2014, radicado: 11001-03-25-000-2011-00561-00 (2129-2012), Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

5.1. Mediante la Resolución número 0995 del 21 de julio de 2005, proferida por la Directora General del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, se ordenó el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación al señor Rafael Crisanto Valdivieso Sarmiento, a partir del 21 de mayo de 2005, financiada a través de la cuota parte que correspondía a cada una de las entidades allí señaladas. En cuanto al monto allí se estableció:³¹

*“[...] Que para la liquidación de la mesada pensional se tendrá en cuenta el 75% de lo devengado durante el último año por el peticionario, de conformidad con el artículo 7° del Decreto 1359 de 1993 y en la sentencia C-608-99 de la H. Corte Constitucional, por tanto la mesada pensional asciende a la suma de **TRES MILLONES QUINIENTOS SEIS MIL QUINIENTOS VEINTISÉIS PESOS CON 90/100 MCTE (\$3.506.526.90)**, liquidación que se detalla a continuación.”*³²

Año	Salario	Días	IPC/2005	Sal. actualizado
1991	\$639.475,00	38	7.31511	177,757,656,85
1991	\$714.667.65	161	7.31511	841,688,026,41
1992	\$714.667.75	161	5.76811	663,687,229,29
		360		1,683,132,912,34
		IBL		4,675,369.20
		Monto 75%		3,506,526.90

[...]” (negrillas en el documento)

5.2. Por Resolución número 1966 del 7 de diciembre de 2005, proferida por la Directora General del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, se negó la reliquidación pensional que solicitó el interesado con el 75% del promedio de los salarios devengados por un congresista durante el último año, es decir, para el año 2005; sin embargo, se accedió a modificarle la causación al 17 de septiembre de 2003, en cuantía inicial de \$3.121.159,18³³; para ello se analizó que la petición del actor era procedente, puesto que el cálculo actuarial que se hizo en el caso implicaba una actualización de los aportes adeudados, con lo cual se entendía que los mismos se hicieron en término; por ende, la fecha en la que reunió los requisitos de edad y tiempo para acceder al derecho reconocido era el 17 de septiembre de 2003. Allí se ordenó³⁴:

“[...]”

³¹ Folios 425 a 434 cuaderno anexo.

³² Folio 429 cuaderno anexo.

³³ Folios 440 a 445 cuaderno anexo.

³⁴ Folio 444 cuaderno anexo.

ARTÍCULO PRIMERO: Negar la reliquidación de la pensión de jubilación del señor **RAFAEL CRISANTO VALDIVIESO SARMIENTO**, en razón a que no procede realizarla de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

ARTÍCULO SEGUNDO: Modificar el artículo primero de la Resolución no. 995 de julio 21 de 2005, en cuanto a la fecha de causación de la prestación estableciendo como tal el 17 de septiembre de 2003, en cuantía inicial de TRES MILLONES CIENTO VEINTIUN MIL CIENTO CINCUENTA Y NUEVE PESOS CON DIECIOCHO CENTAVOS (\$3.121.159.18).

[...]"

5.3. El señor Rafael Crisanto Valdivieso Sarmiento, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho previsto por el artículo 85 del Decreto 01 del 2 de enero de 1984- C.C.A., solicitó la nulidad de los precitados actos, demanda que fue conocida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Segunda, Subsección A, M.P. Carmen Alicia Rengifo, que, mediante sentencia del 29 de noviembre de 2007, denegó las pretensiones.³⁵

De la referida sentencia se destaca:³⁶

"[...] como se expuso en líneas precedentes, el actor cuestiona los actos demandados en lo que refieren a la liquidación efectuada para calcular el monto de su pensión de jubilación, por cuanto estima que debe tenerse en cuenta el 75% del promedio de los salarios devengados por un Congresista en ejercicio para el año en que se decretó la prestación, que para el caso concreto corresponde a 2003.

(...)

Se encuentra acreditado en el proceso, que para liquidar la pensión de jubilación del señor VALDIVIESO SARMIENTO, se tuvo en cuenta el promedio de los salarios percibidos por el excongresista en el último año de servicio, esto es, considerando su situación individual y particular durante el periodo anterior a su retiro.

Pues bien, estima la Sala que la decisión de la administración se encuentra acorde con lo expresado por el Alto Tribunal Constitucional, ya que no resulta procedente tomar en abstracto todo lo que devenga un congresista en ejercicio, como lo reclama el actor.

Si bien es cierto que el estudio de la Corte se basó en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, también lo es que las disposiciones que desarrollan dicho precepto y contengan los supuestos de hecho que son objeto de constitucionalidad condicionada, deben ser entendidas y aplicadas en el mismo sentido.

Razón por la cual, los artículos del Decreto 1359 de 1993, que ordenan la liquidación en los términos pedidos por la actora, deben ser interpretados bajo el entendido de que la liquidación de la pensión de los congresistas se hace

³⁵ Folio 525 cuaderno anexo.

³⁶ Folios 512 a 525 cuaderno anexo.

con fundamento en los ingresos percibidos individualmente en el último año de servicio.

*Es del caso precisar, que la constitucionalidad condicionada consiste en que "... la Corte delimita el contenido de la disposición acusada para, en desarrollo del principio de conservación del derecho, poder preservarla en el ordenamiento. Así, la sentencia condicionada puede señalar que sólo son válidas algunas interpretaciones de la misma, estableciéndose de esta manera cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimos constitucionalmente"*³⁷

En esos términos, no puede apartarse la Sala de la interpretación hecha por la H. Corte Constitucional al condicionar la exequibilidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992. [...]" (subrayas de la Sala)

5.4. Con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el hoy demandado, el Consejo de Estado - Sección Segunda, Subsección A, en sentencia del 21 de octubre de 2010, revocó la dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, en su lugar, declaró la nulidad parcial de las Resoluciones números 0995 y 1966 de 21 de julio y 7 de diciembre de 2005 respectivamente, expedidas por el Director del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.

Como consecuencia de lo anterior, condenó al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República a reliquidarle la pensión *"tomando como base el 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devenguen los congresistas en ejercicio al día (al día sic) 21 de julio de 2005, fecha en que se decretó la prestación"*.³⁸

En dicha providencia la Sección Segunda, Subsección A, de esta Corporación, consideró³⁹:

*"[...] el periodo que por mandato legal ha de tomarse para determinar el ingreso base de liquidación de la pensión, no da margen para que se le fije un entendimiento diferente al previsto en la ley, pues ésta es categórica en determinar que se trata de aquel **"que durante el último año y por todo concepto devenguen los congresistas en ejercicio a la fecha en que se decreta la prestación"**. En consecuencia, el ingreso base de liquidación se determina tomando lo devengado por los congresistas en ejercicio en la fecha en que la entidad de previsión expide y notifica el acto de reconocimiento, independientemente de que su efectividad se dé en fecha anterior.*

(...)

No desconoce la Sala las providencias que sobre la materia ha efectuado la Corte Constitucional, sin embargo, el poder vinculante de la parte considerativa de las sentencias proferidas por esa Corporación, el Consejo de

³⁷ Sentencia C-492/00 magistrado ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

³⁸ Folios 486 a 510 cuaderno anexo.

³⁹ Folio 502 cuaderno anexo.

Estado ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en caso similar al presente [...]"

Y más adelante agregó⁴⁰:

"[...] En conclusión, al estar demostrado que el actor se encuentra en el régimen de transición, la liquidación de la pensión se debe hacer teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decreta la prestación, que en el sub –lite corresponde al 21 de julio de 2005, fecha en que se expidió la Resolución No. 0995. En consecuencia, le asiste razón al actor, motivo por el cual se revocará la sentencia del Tribunal que denegó a (sic) las súplicas de la demanda, para ordenar en su lugar que se reliquide la pensión del actor, teniendo en cuenta que su monto no podrá ser inferior al "...75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devenguen los congresistas en ejercicio a la fecha en que se decreta la prestación..." es decir, de conformidad con lo devengado por un congresista entre el 21 de julio de 2004 y 21 de julio de 2005 y no con lo devengado durante el último año de servicio por el actor.[...]"

(Destacado en la providencia)

6. ANÁLISIS DE LA SALA:

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a infirmar la sentencia proferida el 21 de octubre de 2010, por la Sección Segunda Subsección A de esta Corporación, que revocó la dictada el 29 de noviembre de 2007 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, promovido por el señor Rafael Crisanto Valdivieso Sarmiento, y ordenó a su favor la reliquidación de su pensión tomando como base el 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devengaran los congresistas en ejercicio al 21 de julio de 2005.

Para lo anterior debe tenerse en cuenta:

6.1. La causal de revisión:

6.1.1. La causal invocada en la demanda corresponde a la prevista en el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, que dispuso que cuando una providencia judicial haya decretado el reconocimiento de sumas periódicas a cargo del Tesoro Público o de fondos de naturaleza pública, cuya cuantía del derecho reconocido exceda lo debido de acuerdo con la ley, podrán ser revisadas por el Consejo de Estado a solicitud del Gobierno. El texto literal de la norma es el siguiente:

⁴⁰ Folio 505 cuaderno anexo.

[...]

ARTÍCULO 20. REVISIÓN DE RECONOCIMIENTO DE SUMAS PERIÓDICAS A CARGO DEL TESORO PÚBLICO O DE FONDOS DE NATURALEZA PÚBLICA. <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Las providencias judiciales que ~~en cualquier tiempo~~ hayan decretado o decreten reconocimiento que impongan al tesoro público o a fondos de naturaleza pública la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero o pensiones de cualquier naturaleza podrán ser revisadas por el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con sus competencias, a solicitud del Gobierno por conducto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del Contralor General de la República o del Procurador General de la Nación.

La revisión también procede cuando el reconocimiento sea el resultado de una transacción o conciliación judicial o extrajudicial.

La revisión se tramitará por el procedimiento señalado para el recurso extraordinario de revisión por el respectivo código y podrá solicitarse por las causales consagradas para este en el mismo código y además:

(...)

b) Cuando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legalmente aplicables. [...]"

6.1.2. Se afirma en la demanda que la cuantía de la mesada pensional reconocida al señor Valdivieso Sarmiento excede lo que en derecho le corresponde, por cuanto, al ordenar su reliquidación, la sentencia objeto de revisión tomó como base el 75% por ciento del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devengaran los congresistas en ejercicio al 21 de julio de 2005, desconociendo lo establecido por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 608 del 23 de agosto de 1999⁴¹, a la cual se hará referencia más adelante.

6.2. El régimen jurídico aplicable a la pensión del señor Rafael Crisanto Valdivieso Sarmiento:

6.2.1. El señor Rafael Crisanto Valdivieso nació el 17 de septiembre de 1948, por lo tanto, para el 17 de septiembre de 2003⁴², contaba con 55 años de edad.

6.2.2. Tiempo de servicio: acorde con la Resolución nro. 995 del 21 de julio de 2005, *"Por medio de la cual se ordena el reconocimiento y pago de una pensión*

⁴¹ M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁴² Fecha de causación de la prestación, según lo ordenado en la Resolución 1966 de 2005 proferida por Fonprecon, modificó la causación a partir de dicha fecha.

*mensual vitalicia de jubilación*⁴³, se acredita que laboró un total de 20 años, 6 meses y 29 días de servicios, distribuidos así:

Empleador	Entidad Previsión	Período	Año	Meses	Días
Incomex	Cajanal	Del 7 de octubre de 1970 al 31 de octubre de 1971	1		25
Artesanías de Colombia	Seguro Social	Del 10 de noviembre de 1971 al 31 de enero de 1973	1	2	29
Universidad Pedagógica Nacional	Cajanal	Del 2 de abril de 1973 al 30 de junio 1973		2	29
Alcaldía de Bucaramanga	Caja de Prev Soc Mcpl	Del 2 de julio de 1973 al 1 de julio de 1974		11	17
Contraloría de Santander	Inst Prev Soc Santader	Del 1 de octubre de 1974 al 19 de febrero de 1976	1	4	17
Empresas Públicas de Bucaramanga	Empresas Públicas de Bucaramanga	Del 1 de julio 1976 al 31 de octubre de 1978	2	4	1
Automóviles Cadiz S.A.	Cálculo Actuarial	Del 1 de noviembre de 1978 al 18 de octubre de 1979		11	18
Hincal Ltda.	Cálculo Actuarial	Del 19 de octubre de 1979 al 31 de marzo de 1980		5	13
Corporación Financiera Tolima	Seguro Social	Del 1 de abril de 1980 al 1 de agosto 1986	6	4	27
Cámara de Representantes	FONPRECON	Del 20 de julio de 1986 al 19 de julio de 1988		11	24
Hincal Ltda.	Cálculo Actuarial	Del 21 de julio de 1987 al 2 marzo de 1989	1	7	10
Valdivieso y Cia en C	Seguro Social	Del 3 de marzo de 1989 al 31 de octubre 1990	1	7	7
Contraloría de Santander	Inst Prev Soc Santader	Del 1 de septiembre de 1990 al 17 de febrero de 1991		4	17
Cámara de Representantes	FONPRECON	Del 20 de julio de 1991 al 30 de noviembre de 1991		10	22
TOTAL			20	6	29

⁴³ Según se extrae de la misma resolución. Folios 425 a 434 cuaderno anexo expediente.

6.2.3. Calidad de congresista: El señor Valdivieso Sarmiento ostentó la calidad de Congresista entre el 20 de julio de 1986 y el 19 de julio de 1988, así como entre el 20 de julio de 1991 al 30 de noviembre de 1991.

En cuanto al régimen jurídico aplicable a su pensión, es importante destacar:

(i) La Ley 4 de 1992⁴⁴, que entró a regir el 18 de mayo del mismo año, le ordenó al Gobierno Nacional establecer un régimen de pensiones para los representantes y senadores, señalando las normas, objetivos y criterios que debía observar para el efecto; para ello dispuso en el artículo 17:

*“[...] **ARTÍCULO 17.** <Artículo **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE**⁴⁵, **apartes tachados INEXEQUIBLES**⁴⁶> El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores. Aquéllas y éstas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, ~~durante el último año, y por todo concepto~~, perciba el Congresista. ~~Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal.~~*

***PARÁGRAFO.** La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que ~~por todo concepto~~ devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decreta la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva. [...]*”

(ii) En desarrollo de dicha ley fue expedido el Decreto 1359 del 12 de julio de 1993⁴⁷, el cual restringió su ámbito de aplicación para quienes, a partir de la vigencia de la Ley 4, tuvieran la calidad de congresistas, así:

⁴⁴ “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.”

⁴⁵ En los términos de la sentencia C- 608 del 23 de agosto de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁴⁶ Apartes tachados declarados INEXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-258-13](#) de 24 de abril de 2013. Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Declaró EXEQUIBLE el resto del artículo, “en el entendido que: (i) No puede extenderse el régimen pensional allí previsto, a quienes con anterioridad al 1º de abril de 1994, no se encontraran afiliados al mismo. //(ii) Como factores de liquidación de la pensión solo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas.// (iii) Las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL) aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos [21](#) y [36](#), inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso.// (iv) Las mesadas correspondientes a pensiones reconocidas de conformidad con este régimen especial, no podrán superar los veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a partir del 1º de julio de 2013.”

⁴⁷ 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.

“[...] ARTÍCULO 1o. AMBITO DE APLICACION. El presente Decreto establece integralmente y de manera especial, el régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas, que en lo sucesivo se aplicará a quienes a partir de la vigencia de la Ley 4a. de 1992 tuvieren la calidad de Senador o Representante a la Cámara. [...]” (se destaca)

(iii) El artículo cuarto del citado decreto previó los requisitos que debían cumplirse para acceder a este régimen pensional, al establecer:

*“[...] **ARTÍCULO 4o. REQUISITOS PARA ACCEDER A ESTE REGIMEN PENSIONAL.** Para que un Congresista pueda acceder a la aplicación de este régimen especial, deberá cumplir en debida forma con los siguientes requisitos:*

a) Encontrarse afiliado a la Entidad Pensional del Congreso y estar efectuando cumplidamente las cotizaciones o aportes respectivos a la misma.

b) Haber tomado posesión de su cargo.

***PARÁGRAFO.** De igual manera accederán a este régimen pensional 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 y que cumplieren las condiciones y requisitos establecidos en el artículo 1o, inciso 2o de la Ley 19 de 1987. [...]”*

(iv) A su vez, el artículo 7 *ibídem*, precisó quiénes podían ser destinatarios de la pensión vitalicia de jubilación de congresista, indicando:

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

***PARÁGRAFO.** Para efectos de lo previsto en el presente Decreto y en especial de la pensión vitalicia de jubilación, las sesiones ordinarias o extraordinarias del Senado y la Cámara de Representantes en cada legislatura anual se computarán en materia de tiempo y de asignaciones, como si el Congresista hubiere percibido durante los doce (12) meses del respectivo año calendario idénticas asignaciones mensuales a las devengadas en tiempo de sesiones. Si las Corporaciones Públicas no se hubieren reunido por cualquier causa, se aplicará el presente parágrafo para los efectos de tiempo y asignación como si dichas Corporaciones hubiesen estado reunidas. [...]”*

(v) Por su parte, el Decreto 1293 del 22 de junio de 1994⁴⁸ fijó el régimen de transición de los senadores, representantes, empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión Social del Congreso, siempre que hubieran cumplido los siguientes requisitos:

“[...] ARTICULO 2o. REGIMEN DE TRANSICION DE LOS SENADORES, REPRESENTANTES, EMPLEADOS DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA Y DEL FONDO DE PREVISION SOCIAL DEL CONGRESO. Los senadores, los representantes, los empleados del Congreso de la República y los empleados del Fondo de Previsión Social del Congreso, tendrán derecho a los beneficios del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siempre que a 1o de abril de 1994, hayan cumplido alguno de los siguientes requisitos:

a). haber cumplido cuarenta (40) o más años de edad si son hombres o treinta y cinco (35) o más años de edad, si son mujeres.

b). Haber cotizado o prestado servicios durante quince (15) años o más.

Parágrafo. Declarado nulo⁴⁹.

[...]”

(vi) En este caso, cobra importancia destacar lo que disponía el respectivo parágrafo del artículo 2 del Decreto 1293 de 1994, así:

“[...] “PARÁGRAFO. El régimen de transición de que trata el presente artículo se aplicará también para aquellas personas que hubieran sido senadores o representantes con anterioridad al 1o de abril de 1994, sean o no elegidos para legislaturas posteriores, siempre y cuando cumplan a esa fecha con los requisitos de que tratan los literales a) o b) de este artículo, salvo que a la fecha señalada tuvieran un régimen aplicable diferente, en cuyo caso este último será el que conservarán.

[...]” (se resalta)

(vii) Acorde con el parágrafo citado, quienes hubiesen sido senadores o representantes antes del 1 de abril de 1994, fueran o no elegidos para legislaturas posteriores y tuvieran para dicha fecha, en el caso específico de los hombres, 40 años de edad y cotizado o prestado sus servicios durante 15 años o más, tenían derecho a la aplicación del régimen de transición de los congresistas.

⁴⁸ “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”.

⁴⁹ Mediante sentencia del 27 de octubre de 2005 del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. C.P. Ana Margarita Olaya Forero. Expediente radicación número: 11001-03-25-000-2003-00423-01(5677-03).

(viii) En el caso del señor Valdivieso Sarmiento, al 1 de abril de 1994 contaba con más de 45 años de edad y más de 15 años de servicio, por lo tanto, era beneficiario del régimen de transición de congresistas.

(ix) Valga igualmente destacar que al señor Valdivieso Sarmiento se le reconoció la pensión el 21 de julio de 2005, es decir, cuando aún estaba vigente el párrafo del artículo 2 del Decreto 1293 de 1994, pues éste fue declarado nulo en sentencia del 27 de octubre de 2005⁵⁰; por consiguiente tenía derecho a que se le liquidara la pensión con base en las normas especiales que gobernaban el régimen de transición de los congresistas, habida cuenta que fue Representante a la Cámara antes del 1 de abril de 1994 (20 de julio de 1986 al 19 de julio de 1988) y también entre el 20 de julio de 1991 al 30 de noviembre de 1991.

(x) Así las cosas, aunque el párrafo del artículo 2 del Decreto 1293 de 1994 fue declarado nulo, como para la fecha en que se le reconoció la pensión al demandado estaba vigente, tenía un derecho adquirido y una situación consolidada frente a la aplicación del régimen de transición de congresista; por ende, ese era el régimen jurídico aplicable a su caso.

6.3. La reliquidación ordenada al demandado con base en lo devengado por un congresista en ejercicio al 21 de julio de 2005:

En cuanto a la reliquidación ordenada a favor del demandado mediante la sentencia que es objeto de revisión, se tiene que es un hecho jurídico incontrovertible y no discutido por las partes que al señor Valdivieso Sarmiento se le aplicó el régimen de transición de congresista; pero situación muy distinta es que tuviera derecho a que se le reliquidara la pensión con el 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devengara un congresista en ejercicio al 21 de julio de 2005. Ello se deduce de lo siguiente:

6.3.1. La Corte Constitucional en la Sentencia C-608 del 23 de agosto de 1999⁵¹, al conocer de la demanda instaurada por varios ciudadanos contra los artículos 2 ordinal LL)⁵² y 17 de la Ley 4 de 1992, resolvió:

⁵⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. C.P. Ana Margarita Olaya Forero. Expediente radicación número: 11001-03-25-000-2003-00423-01(5677-03).

⁵¹ M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

“[...] Decláranse EXEQUIBLES, en los términos de esta Sentencia, el literal II) del artículo 2 y el artículo 17 de la Ley 4 de 1992⁵³. [...]”

Para arribar a dicha conclusión en la citada providencia se analizó lo siguiente:

“[...]”

6. El artículo 17 de la Ley 4 de 1992

(...)

La norma demandada se ocupa de tres aspectos que merecen un análisis a partir de estas consideraciones.

El primero de ellos es el de la base para calcular la pensión, el reajuste o la sustitución pensional. La Constitución en su artículo 187 emplea el término "asignación", lo cual permite tomar como base elementos adicionales al salario. Sin embargo, éstos deben tener carácter remunerativo de las actividades que realizan los congresistas en el ejercicio de su función de representación política. Esta comprende diversas acciones de intermediación política, de deliberación y de participación en la articulación de intereses sociales, que implican, por ejemplo, contacto personal con ciudadanos. Además, el derecho a la seguridad social, al ser individual, requiere que la apreciación de la pensión, el reajuste o la sustitución pensional sea efectuada de manera igualmente individual, atendiendo al ingreso de cada Congresista a lo largo del período determinado por el legislador. El respeto a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad reafirman lo anterior, en la medida en que ello permite fijar reglas y criterios tendientes a asegurar la viabilidad del sistema pensional, condición indispensable del goce efectivo de este derecho por las actuales y futuras generaciones (art. 2 C.P.).

El segundo aspecto tiene que ver precisamente con el período de referencia para calcular el ingreso mensual promedio de cada Congresista. El legislador en las normas demandadas estima que éste debe corresponder al "último año". De tal forma que el período para calcular el monto de la pensión no puede ser uno diferente mientras el legislador no modifique esta norma. (...).

El tercer aspecto es el del monto de la pensión como proporción de la asignación. El legislador goza en este campo de un amplio margen de apreciación, como lo ha sostenido la Corte reiteradamente. Las normas demandadas establecen el mínimo del 75%, que parece razonable habida cuenta de los criterios que justificaron la creación del régimen pensional especial para los miembros de la Rama Legislativa.

Con base en las expuestas consideraciones, el precepto demandado debe ser declarado exequible, pero su exequibilidad se condicionará en los siguientes

⁵² “**Artículo 2.** Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

(...) II) El reconocimiento de gastos de representación y de salud y de primas de localización, de vivienda y de transporte cuando las circunstancias lo justifiquen, para la Rama Legislativa. (...)”.

⁵³ **Artículo 17.** El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores. Aquéllas y éstas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, ~~durante el último año, y por todo concepto,~~ perciba el Congresista. **PARÁGRAFO.** La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que ~~por todo concepto~~ devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decrete la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva.”

aspectos:

1. Las expresiones "por todo concepto", usadas en el texto del artículo 17 y en su párrafo, no pueden entenderse en el sentido de que cualquier ingreso del Congresista -aun aquéllos que no tienen por objeto la remuneración de su actividad, que primordialmente es de representación política, como ya se dijo- sea considerado dentro de la base sobre la cual se calcula el monto de la pensión.

La Corte Constitucional estima que sólo pueden tener tal carácter los factores que conforman la "asignación" del Congresista, a la que se refiere expresamente el artículo 187 de la Constitución. Ella tiene un sentido remuneratorio dentro de un régimen especial, proveniente de la actividad del miembro del Congreso en el campo de la representación política y de la dignidad propia del cargo y las funciones que le son inherentes.

Tal "asignación", que tiene un alcance y un contenido mucho más amplio que el puramente salarial, no comprende simplemente el ingreso periódico restringido al concepto de sueldo básico, sino que alude a un nivel de ingreso señalado al Congresista en razón de su papel y sus funciones, cuyas partidas en concreto dependen de la definición que haga el Gobierno en desarrollo de la Ley Marco.

Pero tampoco puede incluir aspectos ajenos a la retribución que el Congresista percibe, la cual debe estructurarse en términos de razonabilidad y proporcionalidad, de acuerdo con las especiales funciones que la Carta Política atribuye a senadores y representantes.

(...)

2. Tanto en el texto del artículo 17, que establece el mínimo de la pensión, como en su párrafo, relativo a la liquidación de pensiones, reajustes y sustituciones, se alude a la base del ingreso mensual promedio que durante el último año, y por todo concepto, perciba el Congresista en la fecha en que se decreta la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva.

Aunque, a juicio de la Corporación, esas reglas no se oponen a los mandatos constitucionales ni rompen el principio de igualdad, como lo afirma el actor, pues, en su carácter especial, resultan adecuadas a las condiciones dentro de las cuales se ejerce la actividad legislativa, debe precisarse que una cosa es el último año de ingresos como punto de referencia para la liquidación de las cuantías de pensiones, reajustes y sustituciones -lo que se aviene a la Carta- y otra muy distinta entender que el concepto de ingreso mensual promedio pueda referirse a la totalidad de los rubros que, de manera general y abstracta, han cobijado a todos los miembros del Congreso.

En efecto, lo razonable, dentro de criterios de justicia, es que el indicado promedio se establezca en relación directa y específica con la situación del Congresista individualmente considerado, es decir, que él refleje lo que el aspirante a la pensión ha recibido en su caso, durante el último año. Y ello por cuanto sería contrario a los objetivos de la pensión y rompería un mínimo equilibrio, afectando el postulado de la igualdad, el hecho de que se pudiese acceder a la pensión, tomando el promedio que en general devengan los congresistas durante el mencionado período, si el promedio personal y específico es distinto, por ejemplo cuando el tiempo de ejercicio del Congresista cubre apenas unos pocos meses. En tal caso, el promedio de quien se pensiona debe comprender tanto lo recibido en su carácter de miembro del Congreso por el tiempo en que haya ejercido y lo que había devengado dentro del año con anterioridad a ese ejercicio. [...]"

(Se destaca)

Conforme con las precisiones hechas en precedencia por la Corte Constitucional, se tiene que el monto de la pensión de los Congresistas debe corresponder a lo que de manera directa y específica con su situación individualmente considerada recibiera durante el último año el respectivo beneficiario y no tomando el promedio que en general devengaran los congresistas durante dicho periodo, ni teniendo en cuenta la totalidad de los rubros que de manera general y abstracta cobijara a los miembros del Congreso.

6.3.2. El Consejo de Estado- Sección Segunda, Subsección A, mediante sentencia proferida el 21 de octubre de 2010, ordenó la reliquidación de la pensión del señor Rafael Crisanto Valdivieso Sarmiento, *“teniendo en cuenta el 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devenquen los congresistas en ejercicio a la fecha en que se decretó la prestación, a partir del 17 de septiembre de 2003”*. (se destaca)

6.3.3. A esta decisión se le dio cumplimiento por Resolución 0474 del 11 de abril de 2011, *“por la cual se acata una decisión judicial del Consejo de Estado”*, emitida por el Director General del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República⁵⁴.

6.3.4. Por lo expuesto, la cuantía de la mesada pensional reconocida al señor Valdivieso Sarmiento excede lo que en derecho le correspondía y, al ordenar su reliquidación, la sentencia objeto de revisión desconoció lo establecido en la sentencia C-608 de 1999, dado que no había lugar a calcularla con un ingreso mensual promedio diferente al que individualmente considerado éste devengó en el último año de servicios.

En ese orden de análisis, para la Sala se configura la causal señalada por el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, que posibilita la revisión de las providencias judiciales que hayan reconocido sumas periódicas de dinero a cargo del tesoro público, *“cuando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido.”*

Por las razones anotadas, esta Sala Especial de Decisión declarará fundada la presente acción especial de revisión interpuesta por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República –FONPRECON, contra la sentencia del 21 de

⁵⁴ Folios 569 a 575 cuaderno anexo.

octubre de 2010 proferida por la Sección Segunda, Subsección A de esta Corporación, que a su vez había revocado la sentencia del 29 de noviembre de 2007 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, para lo cual dará aplicación a la causal prevista en el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003.

8. Sentencia de reemplazo

Se observa que la sentencia proferida el 21 de octubre de 2010 por la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, revocó la dictada el 29 de noviembre de 2007 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, que había denegado las súplicas de la demanda; y en su lugar declaró la nulidad parcial de las Resoluciones números 995 y 1966 del 21 de julio y 7 de diciembre de 2005, expedidas por el Director del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.

En consecuencia, condenó a dicho fondo a reliquidar la pensión de jubilación del señor Rafael Crisanto Valdivieso Sarmiento, tomando como base el 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devengaran los congresistas en ejercicio al 21 de julio de 2005, fecha en que se le reconoció la prestación, cuando éste había cesado en sus funciones como congresista era el 30 de noviembre de 1991.

De lo analizado en precedencia se colige por la Sala que deberá infirmar la decisión, puesto que no había lugar declarar la nulidad de los actos acusados expedidos por el Fondo de Previsión Social del Congreso que negaron la reliquidación pensional solicitada por el interesado, dado que al actor no le asistía el derecho a que se le reliquidara la pensión con el 75% del ingreso mensual promedio que por todo concepto devengaran los congresistas en ejercicio al día 21 de julio de 2005 y en su lugar, se dejará en firme la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2007 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A; lo anterior sin perjuicio de que se atienda el tope pensional establecido en el Sistema General de Pensiones, es decir, veinticinco (25) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Por último, en cuanto a la pretensión de que sean devueltos los mayores valores reconocidos por virtud de la sentencia motivo de revisión, se dará prosperidad a la excepción invocada por la parte demandada, puesto que, atendiendo lo previsto por el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- Ley 1437 de 2011, *“no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe”*.

9. Costas

La Ley 1437 de 2011 dispone en el artículo 188: *“(...) Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas el Código de Procedimiento Civil (...)”*.

A su turno el artículo 365 del Código General del Proceso prevé.⁵⁵

*“[...] **ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

*1. **Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto.** Además, en los casos especiales previstos en este código.*
[...]” (destaca la Sala)

Así las cosas, comoquiera que la presente acción especial de revisión será resuelta de manera favorable a quien la propuso, no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Decisión número 18 de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Declarar fundado el impedimento manifestado por la Consejera de Estado, doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, de conformidad con lo analizado en esta providencia.

⁵⁵ Ley 1564 del 12 de julio de 2012.

SEGUNDO: Denegar la prosperidad de las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa, inepta demanda y cosa juzgada, invocadas por el señor Rafael Crisanto Valdivieso Sarmiento, según lo analizado en la parte motiva.

TERCERO: Dar prosperidad a la excepción de mérito formulada por el demandado, denominada “*no hay lugar a recuperar prestaciones pagadas a particulares de buena fe*”.

CUARTO: Declarar fundada la presente acción especial de revisión, interpuesta por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República –FONPRECON, contra la sentencia del 21 de octubre de 2010 proferida por la Sección Segunda, Subsección A de esta Corporación, acorde con la causal prevista en el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003.

QUINTO: En consecuencia, infirmar la sentencia proferida el 21 de octubre de 2010 por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, y en su lugar dejar en firme la dictada el 29 de noviembre de 2007 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A.

SEXTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: Sin condena en costas.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Presidente
Consejero de Estado

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado

MILTON CHAVES GARCÍA
Consejero de Estado

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Consejero de Estado