

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN – Finalidad / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN - Excepción al principio de cosa juzgada / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN – Taxatividad

El recurso extraordinario de revisión, como excepción al principio de la cosa juzgada que ampara a todas las sentencias ejecutoriadas, ha sido instituido por el legislador para enmendar entre otros, los errores o ilicitudes cometidas en su expedición, con el fin de que a través de una nueva providencia, se restituya el derecho a la persona natural o jurídica afectada con una decisión injusta. Ciertamente, el recurso ha sido diseñado para que eventualmente proceda frente a sentencias ejecutoriadas, por las causales taxativas que en cada caso haya definido el legislador, y con el fin de garantizar la justicia real y material como valor fundante del Estado de Derecho. (...) [E]n la medida en que a través de este recurso se puede ver alterada la certeza brindada por la cosa juzgada, el mismo procede por las causales taxativamente señaladas por la ley, imposibilitando alegar o acudir a otras

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 250 / LEY 797 DE 2003 – ARTÍCULO 20

RÉGIMEN ESPECIAL DE CONGRESISTAS – Destinatarios / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE LOS CONGRESISTAS – Beneficiarios / REAJUSTE PENSIONAL DE CONGRESISTAS – Casos en los que procede / PENSIONES ADQUIRIDAS CON ABUSO AL DERECHO O FRAUDE A LA LEY – El pensionado no tiene un derecho adquirido / PENSIONES ADQUIRIDAS CON ABUSO AL DERECHO O FRAUDE A LA LEY – Procede la revocación y reliquidación del derecho pensional

[E]l régimen especial de Congresistas se aplica a quienes, a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 4ª de 1992 (18 de mayo de 1992), ocuparan el cargo de Senador de la República o de Representante a la Cámara y se encontraran afiliados al Fondo Pensional del Congreso de la República – Fonprecon, realizando el respectivo pago de las cotizaciones. Como se advierte, la única diferencia que se plantea entre los servidores públicos afiliados a un sistema pensional en el momento en que entró a regir la nueva ley, y los no lo estaban, se circunscribe a que los primeros se pensionarán de conformidad con los requisitos y en las condiciones del régimen al que estaban afiliados, y los otros, con base en el régimen general de la Ley 100 de 1993. Así pues, no son beneficiarios del régimen de transición de los Congresistas que, para el período comprendido entre el 18 de mayo de 1992 y el 1º de abril de 1994, no ostentaran tal condición.

FUENTE FORMAL: LEY 4 DE 1992 – ARTÍCULO 17

NOTA DE RELATORÍA: Sobre las reglas para la aplicación del régimen de transición de congresistas ver: Sentencia de la Corte Constitucional, C-258 de 2013.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los casos en que procede el reajuste pensional de congresistas ver: Sentencia de la Corte Constitucional, C-258 de 2013.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los efectos de haber adquirido pensiones con abuso al derecho o fraude a la ley ver: Sentencia de la Corte Constitucional, C-258 de 2013.

REFORMA DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL – Garantiza

principio de equidad y sostenibilidad fiscal / REFORMA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES – Unificación de reglas

A través del Acto Legislativo 01 de 2005, el Congreso de la República llevó a cabo una de las reformas constitucionales más importantes en torno al régimen pensional en Colombia. Con su expedición se buscó la materialización de los mandatos constitucionales de protección de todos los habitantes del territorio, en especial, el cumplimiento de los fines esenciales del Estado en aras de asegurar la vigencia de un orden justo. En efecto, fueron establecidas distintas medidas para hacer frente a los graves problemas que se han presentado en materia de financiación del pasivo pensional, razón ésta por la que se introdujo el concepto de equidad y el principio de sostenibilidad financiera como pilares inamovibles de la estructura del Sistema General de Seguridad Social en Colombia. (...)La reforma también unificó las reglas en torno al Sistema General de Pensiones, para lo cual consagró las siguientes directrices: • Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este Acto Legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas. • Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones. • Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido. • A partir de la vigencia del Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno que contemple condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones. (...) En este contexto, se determinó que lo más conveniente y razonable en aras de garantizar el principio sostenibilidad fiscal, es la realización de una labor de revisión pensional, ello con la finalidad de determinar si los beneficiarios de los regímenes especiales cumplen con los requisitos y condiciones establecidas por el ordenamiento jurídico.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 2 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 48 / ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA VEINTE ESPECIAL DE DECISIÓN

Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

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

Radicación número: 11001-03-15-000-2012-01718-00(REV)

Actor: FLAMINIO MALAVER HERNÁNDEZ

Demandado: FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, FONPRECON

TEMA: CAUSAL DE REVISIÓN CONSAGRADA EN LITERAL B) DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY 797 DE 2003 – RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL PREVISTO EN la ley 4ª de 1992 y EL DECRETO 1293 DE 1994 – EL RÉGIMEN ESPECIAL DE CONGRESISTAS SE APLICA A QUIENES, A LA FECHA DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 4ª DE 1992 (18 DE MAYO DE 1992), OCUPARAN EL CARGO DE SENADOR DE LA REPÚBLICA O DE REPRESENTANTE A LA CÁMARA Y SE ENCONTRARAN AFILIADOS AL FONDO PENSIONAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA – FONPRECON, REALIZANDO EL RESPECTIVO PAGO DE LAS COTIZACIONES

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

La Sala decide el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el apoderado judicial del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República – Fonprecon, en contra de la sentencia de 23 de septiembre de 2010, proferida por la Subsección B, Sección Segunda, del Consejo de Estado, mediante la cual se revocó el fallo de 12 de octubre de 2007, dictado por la Subsección B, Sección Segunda, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través del cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I-. ANTECEDENTES

I.1. La demanda

El señor **Flaminio Malaver Hernández**, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo – CCA, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en contra del **Fondo de Previsión Social del Congreso de la República – Fonprecon**, con miras a obtener las siguientes declaraciones y condenas:

“[...] PRIMERA. Que es nula la Resolución 0382 de 8 de marzo de 2006, por la cual el FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA denegó la solicitud de reliquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación reconocida al Dr. FLAMINIO MALAVER HERNÁNDEZ, mediante Resolución No. 01344 de 3 de diciembre de 2004.

SEGUNDA. Que es nula la Resolución 0812 de 30 de mayo de 2006,

por la cual el FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA desató el recurso de reposición confirmando lo decidido en la Resolución 0382 de 8 de marzo de 2006.

TERCERA. Que es nula la locución “durante el último año de servicio” contenida en el artículo primero de la Resolución 1098 de 14 de julio de 2006, por la cual el FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA afirma dar cumplimiento al fallo de tutela de 29 de junio de 2006, proferido por el Juzgado 46 Penal Municipal, como quiera que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 dispone que en dicha liquidación se debe tener 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.

CUARTA. Como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos demandados, a título de restablecimiento del derecho, se condene al FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA a reconocer y pagar a mi mandante, Dr. FLAMINIO MALAVER HERNÁNDEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 64.565, expedida en Bogotá, la reliquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación a que tiene derecho en un 75% de la suma de \$792.421.628.94, con efectividad a partir del 3 de diciembre de 2001.

QUINTA. Así mismo, que el FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA está obligado a reconocer y pagar al demandante los reajustes y demás beneficios consagrados por la ley a favor de los pensionados.

SEXTA. Condenar al FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA a pagar al demandante la suma total de la diferencia entre la pensión reconocida y lo que en realidad percibía un congresista en el año 2001.

SEPTIMA. Condenar al FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA a pagar al demandante la suma de \$792.421.628.94, de la cual se restarán los pagos que por virtud del fallo de tutela se hayan hecho [...]”.

I.2. Los hechos

Como fundamento de las pretensiones, el apoderado de la parte actora manifestó que el señor **Flaminio Malaver Hernández** se desempeñó como Representante a la Cámara entre el 1º de enero de 1998 y el 30 de marzo de 1998 y que, por tal motivo, se encontraba amparado por el régimen de transición pensional previsto para esa clase de servidores públicos, toda vez que para el 1º de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad y acreditaba más de 15 años de servicio.

Adujo que con fundamento en lo anterior, Fonprecon, mediante la Resolución

1344 de 3 de diciembre de 2001, le reconoció al señor Flaminio Malaver Hernández pensión de jubilación efectiva a partir del 1º de abril de 1998, en cuantía de \$3.035.653.96.

Aseguró que no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales previstos por el artículo 1º del Decreto 1293 de 1994, sino únicamente el ingreso mensual promedio del último año.

Indicó que para el año 2001, fecha en que le fue reconocido el beneficio pensional, un Congresista de la República recibía los siguientes emolumentos: “[...] *sueldo básico, gastos de representación, prima de Loc. (sic) y vivienda, prima de salud, FDO. Prev. Pensión (sic), FDO Prev Salud (sic), FDO Prev. Solidaridad (sic), prima semestral y prima de navidad [...]*”.

Expuso que el 20 de febrero de 2006 solicitó la reliquidación de su pensión en cuantía del 75% del último ingreso mensual promedio devengado por los Congresistas en ejercicio, frente a lo cual Fonprecon expidió las Resoluciones 0382 de 8 de marzo de 2006 y 0812 de 30 de mayo de la misma anualidad, en el sentido de negar la reliquidación en comento.

Señaló que interpuso acción de tutela en contra de la entidad de previsión solicitando el amparo a sus derechos fundamentales, correspondiéndole el conocimiento al Juzgado 46 Penal del Circuito de Bogotá, despacho que, mediante sentencia de 29 de junio de 2006, decidió conceder transitoriamente el amparo invocado, ordenando: (i) que “[...] *en el término de 48 se reliquidara la pensión reconocida al señor Flaminio Malaver Hernández con fundamento en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 y el Decreto Reglamentario 1359 de 1993 con base en el 75% del ingreso laboral promedio devengado por los Congresistas de la República [...]*”. y; (ii) que “[...] *el fallo permanecería vigente durante el término que la autoridad contenciosa administrativa utilice para decidir de fondo la acción que instaure, quien deberá ejercerla dentro de los cuatro (4) meses a partir del fallo [...]*”.

Precisó que, en cumplimiento de la orden de tutela, Fonprecon expidió la Resolución 1098 del 14 de julio de 1994 a través de la cual reliquidó la pensión reconocida mediante Resolución 1344 de 2001.

I.3.- Normas violadas y el concepto de violación

El apoderado de la parte demandante citó como disposiciones violadas los artículos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 11, 29, 46, 48, 53, 58, 83, 85, 122 y 209 de la Constitución Política; 17 de la Ley 4ª de 1994; 17 de la Ley 153 de 1987; 1º, 5º, 6º y 7º del Decreto 1359 de 1993; y 2º del Decreto 1293 de 1994.

Al respecto, consideró que los actos acusados estaban viciados de nulidad por falsa motivación y desviación de poder, toda vez que el señor Flaminio Malaver Hernández es beneficiario del régimen de transición pensional previsto para los Congresistas de la República en el Decreto 1293 de 1994 y, por lo tanto, tiene derecho a que su pensión de jubilación se liquide en cuantía del 75% del ingreso mensual promedio devengado a la fecha en que se materializó el reconocimiento de la prestación y se ordenó su pago.

I.4. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, mediante sentencia de fecha 12 de octubre de 2007, dispuso: (i) denegar las súplicas de la demanda; y (ii) declarar la pérdida de todo efecto del amparo transitorio reconocido por el Juzgado 46 Penal del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 29 de junio de 2006 y que, a su vez, fue acatado por Fonprecon a través de la Resolución 1098 de 14 de julio de 2006. Las razones que fundamentaron la decisión fueron, en concreto, las siguientes:

Como consideración preliminar estimó pertinente aclarar que la Resolución 1344 del 3 de diciembre de 2001, por medio de la cual se reconoció a favor del señor Flaminio Malaver Hernández una pensión vitalicia de jubilación, no fue objeto de controversia, por lo que el juicio de legalidad se circunscribiría a analizar los actos administrativos a través de los cuales Fonprecon decidió negar la reliquidación del monto de la pensión de jubilación reconocida.

Teniendo en cuenta lo anterior, sostuvo que el régimen pensional especial de los Senadores y Representantes a la Cámara del Congreso de la República se encuentra contenido en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992¹ y en el Decreto 1359

¹ “[...] 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

de 1993².

Recordó que el artículo 2° del Decreto 1293 de 1994³ estableció un régimen de transición para efectos de continuar aplicando, a quienes acreditaran los requisitos requeridos, el régimen especial de pensiones de los Congresistas.

Puso de presente que, de conformidad con el concepto de 30 de agosto de 2001, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, únicamente pueden beneficiarse del régimen de transición previsto por el Decreto 1293 antes citado, aquellos Congresistas que hubieren ostentado dicha condición con anterioridad al 1° de abril de 1994.

Por lo anterior, consideró que como el actor únicamente se desempeñó como Congresista en el año de 1998 no era beneficiario del citado régimen pensional especial y, por lo tanto, no había lugar a efectuar reliquidación alguna sobre una prestación que fue indebidamente reconocida.

Resaltó que la pensión a la que tenía derecho el actor no era la de jubilación conforme con la Ley 4ª de 1992 y sus decretos reglamentarios, como se reconoció, sino la de una pensión de jubilación por aportes en los términos de la Ley 71 de 1988⁴ y el Decreto 2709 de 1994⁵, por reunir los requisitos allí establecidos.

Advirtió que debió liquidarse una pensión con un monto de 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios, época comprendida entre el 30 de marzo de 1997 al 30 de marzo de 1998, al haber laborado como Gerente del Fondo Ganadero de Boyacá S.A. y que en los primeros tres (3) meses de 1998 fue representante a la Cámara, por tanto, para la liquidación debían

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 [...]

² “[...] 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. Régimen Especial de transición para Congresistas, Empleados del Congreso y del Fondo [...]”.

³ “[...] 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 [...]”.

⁴ “[...] por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones [...]”.

⁵ “[...] Artículo 1°. Pensión de jubilación por aportes. La pensión a que se refiere el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes. Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de entidad si es varón, o 55 años o más si es mujer, acrediten en cualquier tiempo 2° años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público [...]”.

tenerse en cuenta los factores salariales devengados en una y otra entidad.

Concluyó que “[...] si en el caso bajo estudio, el señor Flaminio Malaver no tiene derecho a que se le aplique el régimen de transición especial de congresistas, el cual fue reconocido equivocadamente por el Fondo de Previsión Social del Congreso mediante Resolución 1344 del 3 de diciembre de 2001, mucho menos tiene derecho a la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta el 75% de lo devengado por un congresista en ejercicio para el año 2001, fecha en la cual fue decretada la prestación, pues a todas luces resulta ilegal la reliquidación pretendida, ya que aun habiéndose estudiado la liquidación realizada para calcular el ingreso base de liquidación de la pensión de actor con las normas que corresponden no se le está dejando de incluir factor alguno, por el contrario su situación pensional en la forma como le fue reconocida resulta favorable [...]”.

I.5. La sentencia de segunda instancia

La Subsección B, Sección Segunda, del Consejo de Estado, mediante sentencia de 23 de septiembre de 2010, revocó la sentencia de primera instancia con fundamento en los siguientes argumentos:

Señaló que en este caso el derecho pensional del demandante no se encuentra en controversia, pues los actos acusados se refieren a la reliquidación de dicho beneficio, por lo que analizó el alcance del régimen pensional especial previsto por el ordenamiento jurídico para los Congresistas y que, a su vez, fue el que tuvo en cuenta la entidad demandada al momento de decretar la prestación.

Por lo anterior, precisó que el problema jurídico por resolver se contraía a determinar si el señor Flaminio Malaver Hernández tiene derecho a que Fonprecon le reliquide la pensión de jubilación reconocida por dicha entidad, alcanzando la cuantía del 75% del ingreso mensual promedio devengado por un Congresista en ejercicio en el año 2001, tal como lo solicitó en la demanda.

Luego de realizar un recuento normativo del régimen pensional de los Congresistas regulado en el Decreto 1359 de 1993, así como de las directrices jurisprudenciales⁶ trazadas en torno al ingreso base de liquidación, consideró que

⁶ Citó la sentencia de la Corte Constitucional C- 608 de 1999, MP José Gregorio Hernández Galindo

se le debía aplicar el régimen de transición de los Congresistas y, por ende, liquidarse tomando como base el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decreta la prestación.

Expuso que si bien es cierto que en la sentencia C-608 de 1999, Magistrado Ponente: doctor José Gregorio Hernández Galindo, la Corte Constitucional argumentó que la liquidación de la pensión debía hacerse en relación directa con la situación del congresista individualmente considerado, también lo es que el Consejo de Estado ha dicho que las sentencias de la Corte Constitucional solo serán de obligatorio cumplimiento y con efectos *erga omnes* en su parte resolutive, y que, por ende, la parte motiva constituye un criterio auxiliar para la actividad judicial.

Así, entonces, afirmó que el monto de las pensiones de los Congresistas debía liquidarse tomando como base el régimen de transición y el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decreta la prestación.

En efecto, concluyó que la liquidación de la pensión del señor Flaminio Malaver Hernández se debe hacer teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores a 3 de diciembre de 2001, fecha de expedición de la Resolución 01344 y, desde este momento, se debía reajustar el valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación, teniendo en cuenta que el monto no podía ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio.

II. EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

II.1. La solicitud

Mediante escrito fechado el 13 de septiembre de 2012, Fonprecon, por conducto de apoderado judicial, interpuso recurso extraordinario de revisión en contra de la sentencia del 23 de septiembre de 2010, proferida por la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado, que revocó la sentencia dictada el 12 de octubre de 2007 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, e invocó como causal la consagrada literal b) del artículo

20 de la Ley 797 de 2003.

La parte recurrente manifestó que el señor Flaminio Malaver Hernández no es beneficiario del régimen de transición especial para Congresistas porque no ostentaba esta calidad para el 1º de abril de 1994.

Precisó que la Ley 4ª de 1992 empezó a regir a partir de 1992 y que esta disposición beneficia a las personas que al momento de entrar en vigencia tuvieran la calidad de Congresistas y que cumplieran los requisitos establecidos en la misma, supuesto que no se configura en el supuesto del señor Flaminio Malaver Hernández.

Expuso que solamente aquellos Congresistas que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 hubiesen cumplido los requisitos del artículo 36 y, además, cumplieran con los requisitos del Decreto 1359 de 1993, tendrían derecho a percibir una pensión de jubilación equivalente al 75% de los ingresos percibidos por un Congresista, conforme con lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-608 de 1999.

En este contexto, anotó que para reliquidar la pensión de jubilación del señor Flaminio Malaver Hernández no se debe tomar lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992.

Recordó que, en cumplimiento a la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, expidió la Resolución 0360 del 16 de marzo de 2011, en el sentido de liquidar una pensión que excede los montos legales establecidos en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992. Resaltó que después de la reliquidación la pensión pasó de \$6.012.902 a \$13.028.585, lo que generó un incremento en la pensión superior al 100%.

En efecto, aseveró que la cuantía del derecho reconocido excede en un 100% lo debido, porque para liquidar la pensión del señor Malaver Hernández se debió tomar el promedio de lo devengado por él en el último año, de acuerdo con los parámetros fijados por la sentencia de la Corte Constitucional C-608 de 1999 y, además, tener en cuenta que solamente ejerció como congresista por un lapso de noventa (90) días.

Finalmente, manifestó que lo razonable es que el promedio se establezca en

relación directa y específica con la situación del congresista individualmente considerado y que refleje lo que el aspirante a pensión ha devengado durante el último año, a lo que agregó que considerar lo contrario sería tanto como “[...] *desconocer los objetivos de la pensión e implica el desconocimiento del principio de igualdad [...]*”.

II.2.- Intervención del señor Flaminio Malaver Hernández

La apoderada judicial del señor Flaminio Malaver Hernández se opuso a la prosperidad del recurso extraordinario de revisión por considerar que la cuantía del derecho reconocido no excede lo debido, al cumplir lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992.

Manifestó que “[...] *el régimen pensional establecido en el Decreto 1359 de 1993, para Congresistas, se debe aplicar, [...] como acertadamente lo hizo el H. Consejo de Estado, aun con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1293 de 1994, pues se acreditaron las condiciones de acceder a los beneficios del régimen de transición y cumple con los requisitos previstos por el Decreto 1359 de 1993 [...]*”.

Señaló que el monto de la pensión de los Congresistas debía liquidarse tomando como base el último ingreso mensual que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha que se decrete la prestación, “[...] *independientemente de que su efectividad sea de fecha anterior [...]*”.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

III.1. Competencia y oportunidad

Es la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, a través de las Salas Especiales de Decisión, que fueron implementadas mediante el Acuerdo 321 de 2014⁷, a la que le compete conocer del recurso extraordinario de revisión interpuesto por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República – Fonprecon, en contra de la sentencia de 23 de septiembre de 2010, proferida por la Subsección B, Sección Segunda, del Consejo de Estado, mediante la cual se revocó el fallo de 12 de octubre de 2007 dictado por la Subsección B, Sección

⁷ “[...] *Por medio del cual se reglamenta la integración y funcionamiento de las Salas Especiales de Decisión [...]*”.

Segunda, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, en su lugar, se ordenó la reliquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación reconocida al señor Flaminio Malaver Hernández.

Lo anterior en tanto se trata de una decisión ejecutoriada dictada en segunda instancia por una de las Secciones del Consejo de Estado, conforme a la previsión contenida en el artículo 248 del CPACA⁸.

Debe aclararse que, en el caso que nos ocupa, el recurso de revisión que se invocó está regulado por las causales contenidas en el artículo 20 la Ley 797 de 2003⁹, cuyo propósito específico es la revisión de las sentencias judiciales, bajo el estricto examen sobre la legalidad del reconocimiento de las sumas periódicas conferidas, a efectos de establecer si resultan excesivas a lo ordenado por la ley.

Finalmente y en cuanto a la oportunidad para incoar el recurso de revisión, la Ley 797 de 2003 dispone que deberá interponerse dentro de los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria de la providencia judicial.

En el presente caso, el Fondo de Previsión Social del Congreso de la Republica – Fonprecon, el 13 de septiembre de 2012 (fl. 28. Cdno. ppal.), interpuso recurso extraordinario de revisión en contra de la sentencia del 23 de septiembre de 2010, proferida por la Subsección B, Sección Segunda, del Consejo de Estado, por lo que el recurso fue presentado oportunamente.

III.2. El recurso extraordinario de revisión especial del artículo 20 de la Ley 797 de 2003

El recurso extraordinario de revisión, como excepción al principio de la cosa juzgada que ampara a todas las sentencias ejecutoriadas, ha sido instituido por el legislador para enmendar entre otros, los errores o ilicitudes cometidas en su expedición, con el fin de que a través de una nueva providencia, se restituya el derecho a la persona natural o jurídica afectada con una decisión injusta.

⁸ Artículo 248. “[...] *Procedencia. El recurso extraordinario de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las secciones y subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por los Tribunales Administrativos y por los jueces administrativos [...]*”.

⁹ “[...] *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 [...]*”.

Ciertamente, el recurso ha sido diseñado para que eventualmente proceda frente a sentencias ejecutoriadas, por las causales taxativas que en cada caso haya definido el legislador, y con el fin de garantizar la justicia real y material como valor fundante del Estado de Derecho, tal y como lo ha sostenido la Corte Constitucional en sentencia C – 871 de 2003¹⁰, según se lee a continuación:

“[...] Con todo, el principio de la cosa juzgada no tiene carácter absoluto pues puede llegar a colisionar con la justicia material del caso concreto. Para enfrentar tal situación se ha consagrado la acción de revisión, la cual permite en casos excepcionales dejar sin valor una sentencia ejecutoriada en aquellos casos en que hechos o circunstancias posteriores a la decisión judicial revelan que ésta es injusta. En este sentido puede afirmarse que la revisión se opone al principio “res iudicata pro veritate habetur” para evitar que prevalezca una injusticia, pues busca aniquilar los efectos de la cosa juzgada de una sentencia injusta y reabrir un proceso ya fenecido [...]” (negrillas fuera de texto).

En coherencia con lo anterior, el Consejo de Estado¹¹ ha precisado que *“[...] el recurso extraordinario de revisión pretende conciliar nociones esenciales del ordenamiento legal, como lo son la seguridad jurídica que representa el principio de inmutabilidad de las sentencias ejecutoriadas, o la cosa juzgada material y el principio de restablecimiento de la justicia material que persigue asegurar la vigencia de un orden justo, propuesto por el Preámbulo de la Constitución Política [...]”*.

Así las cosas y en la medida en que a través de este recurso se puede ver alterada la certeza brindada por la cosa juzgada, el mismo procede por las causales taxativamente señaladas por la ley, imposibilitando alegar o acudir a otras¹². Y esta taxatividad es razonable *“[...] pues se trata de una figura que modifica providencias amparadas en el principio de cosa juzgada, y por ello las causales previstas para la revisión deben ser aplicadas e interpretadas en sentido restringido [...]”*¹³.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C – 871 de 30 de septiembre de 2003. Magistrada Ponente: doctora Clara Inés Vargas Hernández.

¹¹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 12 de julio de 2005. Rad.: Rev. 00143; reiterada en sentencia de 18 de octubre de 2005. Rad.: Rev. 00226.

¹² Corte Constitucional. Sentencia C – 0004 de 20 de enero de 2003. Magistrado Ponente: doctor Eduardo Montealegre Lynett.

¹³ *Ibídem*.

En este sentido, el artículo 250 del CPACA, enumera las causales que pueden proponerse como fundamento de este recurso, las cuales dan cuenta de la naturaleza eminentemente procedimental de los vicios o errores que, de conformidad con la ley, eran los únicos que permitían la revisión de la sentencia por la vía del recurso extraordinario que se analiza.

Paralelamente a estos eventos de revisión y de acuerdo con las consideraciones esbozadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-835 de 2003¹⁴, la Ley 797 de 2003 estableció una acción de revisión *sui generis*, en el entendido que su ejercicio está restringido a: i) una parte activa calificada, es decir, son unas entidades las llamadas a instaurarla; ii) procede únicamente por dos causales específicas que tienen por finalidad, la protección y recuperación del patrimonio público; iii) en su trámite se aplica el procedimiento previsto por el CPACA de manera general para las causales del artículo 250 *ibídem*; y iv) su objeto es delimitado y su análisis se dirige a establecer la legalidad de las sumas periódicas que han sido reconocidas.

III. 4. Estudio de la acción de revisión y la causal invocada por Fonprecon

De acuerdo con la demanda y la contestación, especialmente con el concepto de violación y la respuesta que del mismo se hace, a la Sala le corresponde determinar la procedencia de la causal de revisión establecida en el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, con fundamento en el hecho consistente en que el señor Flaminio Malaver Hernández no tenía derecho a que el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República – Fonprecon, le reliquidara la pensión de jubilación aplicando el régimen de Congresistas dispuesto en la Ley 4ª de 1992 y en los Decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994, por haber ostentado la calidad de Representante a la Cámara entre el 1º de enero de 1998 y el 30 de marzo de la misma anualidad.

Asimismo, y por lo anterior, tampoco tiene derecho a que dicha reliquidación en cuantía del 75% del ingreso mensual promedio devengado a la fecha en que se materializó el reconocimiento de la prestación y se ordenó su pago.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C – 835 de 23 de enero de 2003. Magistrado Ponente: doctor Jaime Araujo Rentería.

En este sentido, y para efectos de resolver la controversia, la Sala estima necesario referirse a los siguientes temas:

- (i) El régimen pensional de los Congresistas y los beneficiarios del mismo.
- (ii) El Acto Legislativo 01 de 2005 y los principios de equidad y sostenibilidad fiscal.
- (iii) El alcance de la sentencia C-258 de 7 de mayo de 2013, proferida por la Corte Constitucional, respecto de los derechos pensionales reconocidos sin el lleno de los requisitos y de las condiciones establecidas en la Ley 4ª de 1992 y sus decretos reglamentarios, para luego la
- (iv) Solución del caso concreto

(i) Régimen de pensiones de los congresistas y los beneficiarios del mismo

Con fundamento en las facultades otorgadas por los literales e) y f) del numeral 19 del artículo 150¹⁵ de la Constitución Política, el Congreso de la República expidió la Ley 4ª de 1992¹⁶, en cuyo artículo 17 ordenó al Gobierno Nacional establecer un régimen de pensiones para los Congresistas, así como el reajuste y sustitución de las mismas, las cuales, dispuso, que no podían ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que devenguen éstos. La norma es del siguiente tenor:

“[...] Artículo 17. El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los representantes y senadores. Aquellas y éstas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, [durante el último año], [y por todo concepto], perciba el congresista. [Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal]”¹⁷.

¹⁵ Le corresponde al Congreso de la República: e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública; f) Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

¹⁶ 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.

¹⁷ La Corte en sentencia **C-258 de 7 de mayo de 2013**. Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub declaró la inexequibilidad 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 por considerar que establecían un privilegio con respecto a los demás regímenes lo que vulneraba el principio de igualdad y no contribuía al financiamiento del sistema pensional. Así, ordenó para efectos de liquidar la pensión

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 [...]**” (negritas fuera de texto).*

Con fundamentó en lo anterior, el Presidente de la República expidió el Decreto 1359 de 1993, reglamentario de la Ley 4ª de 1992, por medio del cual se estableció el régimen especial de pensiones de los Senadores y Representantes a la Cámara. El campo de aplicación de dicha normativa se definió, en el artículo 1º, en los siguientes términos:

*“[...] Artículo 1º. **Ámbito de aplicación.** El presente Decreto establece integralmente y de manera especial, el régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas, que en lo sucesivo **se aplicará a quienes a partir de la vigencia de la Ley 4ª de 1992, tuvieron la calidad de Senador o Representante a la Cámara [...]**” (Subraya y negrilla fuera de texto).*

De la lectura detallada de la norma se advierte que el legislador dispuso de manera clara que el régimen especial de pensiones de los miembros del Congreso de la República solo regía la situación de quien a partir de la fecha de vigencia de la Ley 4ª de 1992 (18 de mayo de 1992)¹⁸ tuviera la calidad de Senador o Representante a la Cámara¹⁹.

Lo anterior fue corroborado en el artículo 4º del mismo decreto, norma que fijó como requisito para acceder a dicho régimen pensional especial el ostentar la calidad de Congresista, estar afiliado a la entidad pensional del Congreso de la República y efectuar los correspondientes aportes²⁰.

Ahora bien, **de conformidad con los artículos 5º y 6º del Decreto 1359 de 1993, una vez cumplidos los requisitos para ser beneficiario de la pensión de jubilación, la misma se debía reconocer en cuantía equivalente al 75% del ingreso mensual promedio que devengaban los Congresistas en ejercicio.**

El mismo Decreto estableció el régimen de reajuste pensional para los Senadores y Representantes a la Cámara. Así, en el artículo 16, señaló que dicha prestación se

aplicar el artículo 21 y 36 de la Ley 100 de 1993.

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

¹⁹ En concordancia con el artículo 7º del mismo Decreto 1359 de 1993.

²⁰ Artículo 4º Decreto 1359 de 1993 literal a.

reajustaría anualmente en forma inmediata y de oficio, con el mismo porcentaje en que se reajustaba el salario mínimo legal mensual.

Por su parte, el artículo 17 modificado por el artículo 7º del Decreto 1293 de 1994, reguló el reajuste de la mesada pensional de los ex congresistas pensionados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 (18 de mayo de 1992) en los siguientes términos:

*“[...] **ARTÍCULO 17. REAJUSTE ESPECIAL.** Artículo modificado por el artículo 7 del Decreto 1293 de 1994. El nuevo texto es el siguiente:*

Los senadores y representantes que se hayan pensionado con anterioridad a la vigencia de la Ley 4a de 1992, tendrán derecho a un reajuste en su mesada pensional, por una sola vez, de tal manera que su pensión alcance un valor equivalente al 50% del promedio de las pensiones a que tendrían derecho los actuales congresistas.

El valor de la pensión a que tendrían derecho los actuales congresistas será del 75% del ingreso base para la liquidación pensional de los congresistas a que se refiere el artículo 5º del Decreto 1359 de 1993.

Este reajuste surtirá efectos fiscales a partir del 1º de enero de 1994. *El Gobierno nacional incluirá las respectivas partidas en el proyecto de ley anual de Presupuesto correspondiente a la vigencia de 1994 [...]” (Subraya y negrilla fuera de texto).*

De acuerdo con la norma en cita, el reajuste especial de la mesada pensional era equivalente al 50% del promedio de las pensiones a que tenían derecho los congresistas para ese momento, y **se estableció únicamente para los ex congresistas que se pensionaron antes de la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 (18 de mayo de dicho año).**

Cabe resaltar que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado se han pronunciado en varias oportunidades sobre el tema de discusión en este proceso, en el sentido de reconocer la diferencia existente entre la liquidación del reajuste pensional establecida de quienes se pensionaron como congresistas antes de la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 y de quienes en ejercicio de dicho cargo, lo hicieron con posterioridad a esa fecha. Así, lo señalaron, entre otras, las siguientes providencias:

- Corte Constitucional. Sentencia T- 353 de 15 de mayo de 2012. Magistrado

Ponente: doctor Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

“[...] la Sala encuentra en el presente caso una situación propicia para manifestar que se opone a que con fundamento en los beneficios que otorga el régimen de transición, se favorezca a personas que se acogen a regímenes pensionales diferentes a los que el régimen de transición preservó para ellos, en lo que configura una aplicación irracional del principio de favorabilidad con consecuencias atroces para la sostenibilidad fiscal. En esa medida, esta Sala se aparta del precedente al que se adhirió la misma en la Sentencia T-771 de 2010, que se profirió respetando el que a su vez estableció la Sentencia T-483 de 2009.

De modo que esta Sala no comparte la decisión que el 08 de septiembre de 2010 profirió el Juzgado Treinta Penal del Circuito de Bogotá, y en general, este tipo de decisiones, ya que, en los casos como el presente, sólo debe aplicarse el régimen de pensiones para los congresistas y magistrados de altas Cortes a aquellas personas que a 01 de abril de 1994 desempeñaban dicho cargo o ya lo habían desempeñado.

[...]

La Sala se pregunta entonces algo cuya respuesta puede resultar obvia: Cuando se dice ‘el régimen anterior al que se encontraban afiliados’ ¿A qué se hace referencia? Para la Sala, la respuesta lógica y razonable es que se hace alusión al régimen al que se encontraban afiliados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

De lo anterior se desprende otro interrogante: Si los beneficios que confiere el régimen de transición se traducen en la preservación de los factores pensionales con base en los cuales las personas tenían la expectativa de pensionarse antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 ¿Es admisible que las personas que a 1º de abril de 1994 no tuvieran la expectativa de pensionarse con tales factores pensionales, posteriormente pretendan adquirir su pensión con base en los mismos? Para la Sala la respuesta no puede ser afirmativa, ya que no se aplicaría el régimen en el que cotizaban las personas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100, sino que debido a una favorabilidad in extremis se aplicaría un régimen al que las personas ni siquiera aspiraban a 01 de abril de 1994.

Al respecto, la Sala considera que la existencia del régimen de transición es en sí misma una manifestación del principio de favorabilidad, pues permite a las personas pensionarse dentro del régimen para el cual habían cotizado antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, frente al cual se habían generado una expectativa. Considerar por el contrario que el régimen de transición posibilita que sus beneficiarios se acojan a regímenes a los que no podían acogerse a 1º de abril de 1994, excede la noción de transición pues no se está protegiendo lo que pretende el régimen, es decir, el derecho a pensionarse en el régimen al que aspiraban a hacerlo antes de la entrada en

vigencia de la Ley 100 de 1993. Pretender ir más allá, desvertebraría el régimen de transición y se tornaría en una aplicación inviable del principio de favorabilidad que atentaría contra la sostenibilidad fiscal del Estado.

En efecto, el principio de sostenibilidad fiscal se ha priorizado en tal medida que el constituyente determinó en el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, la inclusión de un párrafo en el artículo 48 Superior, en el que se establece que a partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública.

Tal disposición lleva a replantear la forma como se han aplicado algunos regímenes, especialmente los que aún se encuentran vigentes en virtud del régimen de transición, y a cuestionar los factores que en reiteradas ocasiones se han tenido en cuenta para liquidar pensiones cuyos montos exceden el límite establecido por el constituyente. De modo que lo más sano, conveniente y razonable en aras de garantizar el principio sostenibilidad fiscal es la realización de una labor de revisión pensional, tanto de las pensiones que superan los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes concedidas antes del 31 de julio de 2010, como aquellas que se concedieron con posterioridad, para que a futuro el monto de dichas pensiones no supere el límite que el Constituyente determinó -es decir, 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes-.

Así, solo si la Sala Plena de esta Corporación acoge esta posición, será procedente la revisión de aquellas pensiones que se hayan concedido con base en una aplicación errónea del régimen de transición, y con respecto a las mismas podrá solicitarse la revocatoria establecida en el artículo 19 de la Ley 797 de 2003 [...]” (negrillas fuera de texto).

- Corte Constitucional. Sentencia C- 258 de 7 de mayo de 2013. Magistrado Ponente: doctor Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En esta providencia la Corporación Judicial reiteró el anterior criterio y expresamente afirmó que “[...] **acceder al decreto de pensiones para congresista que no estuvieran en ejercicio al 1º de abril de 1994 sería tanto como desnaturalizar el régimen de transición consagrado para Congresistas [...]”** (negrillas fuera de texto).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 6 de mayo de 2015. Rad.: 2008 – 00526. Magistrado Ponente: doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

“[...] En lo que concierne al Reajuste Especial, como la jurisprudencia reiterada de la Sala lo ha considerado, se constituye en un beneficio exclusivo para los excongresistas que

fueron pensionados con anterioridad a la vigencia de la Ley 4ª de 1992, es decir, antes del 18 de mayo de 1992; al que únicamente tienen derecho por una sola vez y que no conlleva a una reliquidación anual del ingreso base de liquidación pensional sino una actualización de la pensión, como medida tendiente a soslayar la desigualdad surgida con la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento constitucional, entre quienes siendo Congresistas se pensionaron con anterioridad a la Ley 4ª de 1992 y los que en igual condición se pensionaron o pensionarían con posterioridad a la misma.

Se tiene entonces, que el beneficio del Reajuste Especial difiere sustancialmente del Derecho Pensional Especial para los Congresistas, en tanto que el primero, se le concede al excongresista, que lo fue antes de la vigencia de la Ley 4ª de 1992, es decir, sobre un derecho pensional ya consolidado, mientras que el segundo, alude a la situación del Parlamentario que lo es luego de dicha vigencia y que se va a pensionar.

Con tal distinción es evidente, que mal se haría en concluir que el Reajuste Especial asciende al 75% de lo devengado por un Congresista, porque no es viable colocar en el mismo plano de igualdad a dos grupos que objetivamente son perfectamente diferenciables; **valga la pena resaltar, a quienes ya se habían pensionado para el 18 de mayo de 1992 y quienes aún no habían adquirido tal derecho.**

Así se establece, que **el Reajuste Especial, es aquel al cual tienen derecho los exlegisladores, sólo por una vez, que asciende al 50% del promedio de las pensiones devengadas por los Congresistas para el año 1994, con efectos fiscales a partir del 1º de enero de 1994, habida cuenta que se pensionaron antes de la vigencia de la Ley 4ª de 1992 [...]** (negrillas fuera de texto).

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección "A". Sentencia de 7 de abril de 2016. Rad.: 2006 – 08117. Magistrado Ponente: doctor Gabriel Valbuena Hernández.

“[...] Del examen sistemático de los dispositivos reseñados, infiere la Sala, tal y como se encuentra decantado en su jurisprudencia reiterada, que el reajuste especial, se constituye en un beneficio exclusivo para los excongresistas que fueron pensionados con anterioridad a la vigencia de la Ley 4ª de 1992, es decir, antes del 18 de mayo de 1992; al que sólo tienen derecho por una sola vez y que no conlleva a una reliquidación anual del ingreso base de liquidación pensional sino una actualización de la pensión, como medida tendiente a soslayar la desigualdad surgida con la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento constitucional, entre quienes en calidad de Congresistas se pensionaron con anterioridad a la Ley 4ª de 1992 y los que en igual condición se pensionaron o pensionarían con posterioridad a la misma [...] (negrillas fuera de texto).

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección “A”. Sentencia de 10 de agosto de 2017. Rad.: 2002 – 05275. Magistrado Ponente: doctor William Hernández Gómez.

[...] En conclusión:

El Decreto 1359 de 1993 se aplica antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para efectos de reconocimiento de la pensión de jubilación, a quien por disposición de los artículos 1.º y 4.º cumplieran los siguientes requisitos: a) Que a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 4.ª de 1992 (18 de mayo de 1992) ocupara el cargo de senador o representante a la Cámara (artículo 1.º), y que se encontrara afiliado al fondo pensional del Congreso (FONPRECON) realizando el respectivo pago de las cotizaciones (artículo 4.º) y; b) Rige también la situación de 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 cumplieran las condiciones y requisitos establecidos en el artículo 1.º, inciso 2.º de la Ley 19 de 1987 (parágrafo artículo 4.º).

[...]

Cumplidos estos presupuestos debe reconocerse la pensión en cuantía equivalente al 75% de lo que resulte de la aplicación de los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 de acuerdo con lo expuesto en la sentencia C-258 de 2013 de la Corte Constitucional, teniendo en cuenta para el efecto, lo estatuido en los artículos 5.º y 6.º del Decreto 1359 de 1993.

ii) Entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Régimen de transición para congresistas.

El Legislador expidió la Ley 100 de 1993 con la cual creó el Sistema General de Pensiones. Su propósito era unificar los requisitos para reconocer dicha prestación social a todos los habitantes del territorio nacional. No obstante, el mismo sistema exceptuó de su aplicación a quienes fueran beneficiarios de un régimen especial.

*En ejercicio de esa facultad se expidió el Decreto 691 de 1994. El artículo 1º literal (b) de esta normativa, incluyó a estos servidores públicos en el Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993. No obstante, en el parágrafo del mentado artículo se especificó que ello se efectuaba sin perjuicio de lo establecido en el Decreto 1359 de 1993 y las normas que lo modifiquen o adicionen²¹. **Ahora, tal situación solo operaba a partir del 1º de abril de 1994 por disposición del artículo 2º del Decreto 691 de 1994²².***

²¹ Decreto 691 de 1994 “[...] Artículo 1º. [...] Parágrafo. La incorporación de los servidores públicos de que trata el presente Decreto se efectuará sin perjuicio de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 104 de 1994, Decreto 314 de 1994 y Decreto 1359 de 1993 y las normas que los modifiquen y adicionen [...]”.

²² “[...] Artículo. 2º—Vigencia del sistema general de pensiones para los servidores públicos. El sistema general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, comenzará a regir para los servidores públicos del orden nacional incorporados mediante el artículo 1º de este decreto, **el 1º de abril de 1994** [...]” (negrillas fuera de texto).

Finalmente, se expidió el Decreto 1293 de 1994 que exceptuó - en el artículo 1º - de la aplicación de la Ley 100 de 1993 a quienes cumplieran los requisitos del régimen de transición que se fijó en el artículo 2.º de la misma disposición así:

« [...] ARTICULO 2o. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE LOS SENADORES, REPRESENTANTES, EMPLEADOS DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA Y DEL FONDO DE PREVISIÓN 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 [...]» (Subraya y negrilla fuera de texto).

[...]

En cuanto a la reincorporación posterior a que se hace referencia, la jurisprudencia de esta Sección²³ señaló que ello procede con respecto a los parlamentarios que fueron elegidos antes del 18 de mayo de 1992, estaban pensionados y renunciaron temporalmente a su pensión de jubilación para reincorporarse al cargo ante una nueva elección, siempre que la reincorporación se hubiese realizado a partir de la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992.

En conclusión:

El Decreto 691 de 1994 incorporó al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, a los servidores públicos del Congreso de la República.

No obstante, y en virtud del régimen de transición señalado en el artículo 2º del Decreto 1293 de 1994, la Ley 100 de 1993 no es aplicable a quienes al 1.º de abril de 1994: (i) tengan 40 o más años de edad si es hombre o treinta y cinco (35) o más años de edad si es mujer y/o (ii) que hubieran cotizado o prestado servicios durante quince (15) años o más. En este caso la norma que rige es el Decreto 1359 de 1993.

²³ En la sentencia con Radicado 25000-23-25-000-2005-09117-01 (1476-2007), demandante: Teodolindo Avendaño, Demandado: FONPRECON, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren proferida por el día 21 de noviembre de 2013 la Sección Segunda, Subsección A al resolver un caso similar al aquí tratado y en el cual negó la reliquidación pensional dispuso: «[...] Igualmente, son destinatarios de este Régimen Especial, quienes habiendo sido Congresistas en el pasado y que estén pensionados, luego se reincorporen al servicio como Parlamentarios encontrándose en condición de activos a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992, efectuando el respectivo aporte al Fondo, para lo cual hayan renunciado temporalmente a recibir pensión de jubilación reconocida con anterioridad, siempre que el nuevo lapso de vinculación al Congreso no sea inferior a un año en forma continua o discontinua [...]». (Subraya y negrilla fuera de texto).

Se aclara que no se aplica el régimen de transición a quienes no hubieran ostentado la calidad de congresistas entre el 18 de mayo de 1992 y el 1º de abril de 1994, o no fueran reincorporados en ese cargo en períodos posteriores a partir de la vigencia de la Ley 4ª de 1992 y mínimo por un año, como antes se anotó. Este último evento se refiere a quienes estaban pensionados y renunciaron temporalmente a su pensión de jubilación para reincorporarse al cargo ante una nueva elección [...]” (negritas fuera de texto).

Siguiendo la jurisprudencia transcrita, el régimen especial de Congresistas se aplica a quienes, a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 4ª de 1992 (18 de mayo de 1992), ocuparan el cargo de Senador de la República o de Representante a la Cámara y se encontraran afiliados al Fondo Pensional del Congreso de la República – Fonprecon, realizando el respectivo pago de las cotizaciones.

Como se advierte, la única diferencia que se plantea entre los servidores públicos afiliados a un sistema pensional en el momento en que entró a regir la nueva ley, y los no lo estaban, se circunscribe a que los primeros se pensionarán de conformidad con los requisitos y en las condiciones del régimen al que estaban afiliados, y los otros, con base en el régimen general de la Ley 100 de 1993.

Así pues, no son beneficiarios del régimen de transición de los Congresistas que, para el período comprendido entre el 18 de mayo de 1992 y el 1º de abril de 1994, no ostentaran tal condición.

(ii) El Acto Legislativo 01 de 2005 y los principios de equidad y sostenibilidad fiscal

A través del Acto Legislativo 01 de 2005²⁴, el Congreso de la República llevó a cabo una de las reformas constitucionales más importantes en torno al régimen pensional en Colombia. Con su expedición se buscó la materialización de los mandatos constitucionales de protección de todos los habitantes del territorio, en especial, el cumplimiento de los fines esenciales del Estado en aras de asegurar la vigencia de un orden justo.

En efecto, fueron establecidas distintas medidas para hacer frente a los graves problemas que se han presentado en materia de financiación del pasivo pensional,

²⁴ “[...] por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política [...]”.

razón ésta por la que se introdujo el concepto de equidad y el principio de sostenibilidad financiera como pilares inamovibles de la estructura del Sistema General de Seguridad Social en Colombia.

Nótese que, de conformidad con el artículo 2º de la Constitución Política, es deber y obligación del Estado amparar a todos los habitantes frente a los riesgos y contingencias que los afectan, conforme a los principios de universalidad, progresividad, eficacia, eficiencia y solidaridad.

Por su parte, el artículo 48 de la Constitución Política de 1991 establece que es obligación del Estado garantizar “[...] *a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social [...]*”, lo anterior teniendo en cuenta que “[...] *la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado [...]*”.

Así pues, el precitado acto legislativo, en armonía con lo ya dispuesto en el artículo 48 *ibídem*, introdujo una nueva concepción de justicia al sistema desde el punto de vista financiero; la justificación “[...] *no era otra que disponer de los recursos económicos para ser distribuidos de acuerdo con las necesidades de la población [...]*”²⁵, para tal fin, se establecieron los instrumentos y mecanismos que permitirían su estabilidad y suficiencia con el fin de hacer material y real el derecho pensional de todos.

De acuerdo con la exposición de motivos del proyecto de Acto Legislativo²⁶ se buscó asegurar “[...] *el derecho efectivo a una pensión de los colombianos, conciliando este concepto con la necesidad del Estado de direccionar recursos para cumplir sus funciones y deberes frente a la salud, educación y otros gastos sociales [...]*”.

Bien lo puso de presente la Corte Constitucional²⁷ cuando sostuvo que “[...] *con la Ley 100 se buscó aplicar los principios constitucionales y **solucionar problemas financieros en materia pensional, resultado de algunas decisiones como bajas cotizaciones, dispersión de regímenes pensionales y beneficios exagerados**; sin embargo, estos problemas no pudieron ser del todo solucionados*

²⁵ Congreso de la República. Gaceta 385 de 2004.

²⁶ *Ibídem*.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-258 de 7 de mayo de 2013. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

y la situación se agravó por razones demográficas, como la disminución de la natalidad, fecundidad y mortalidad, lo cual condujo al aumento de la esperanza de vida; ésta pasó de 61 años en la década de los 70, a 70 años en la década de los 90 y posiblemente aumentará a 74 años en el 2015. Además, antes de la Ley 100 se calculaba la duración de un pago de pensión por 15 años en promedio, término que se tenía en cuenta para fijar el valor de las cotizaciones; ahora esta expectativa está en 26 años, incluyendo el disfrute por parte de beneficiarios, lo cual crea una gran desproporción entre las cotizaciones que recibe el sistema y los beneficios que debe sufragar [...]”.

Igualmente, recordó²⁸ que “[...] las medidas tomadas con la ley 100 no fueron suficientes para solucionar los problemas y a éstos se sumó la fase de recesión de la economía colombiana de la segunda mitad de los 90 y comienzos del presente siglo, el desempleo e informalidad no han permitido que los afiliados aporten cumplidamente y el nivel de inactivos en el sistema se ha ido elevando. Aunado a esto, dicha ley, no incluyó todos los sectores, excluyó las fuerzas militares, el Magisterio y Ecopetrol, tampoco afectó las convenciones o pactos colectivos celebrados y tampoco impidió que se siguieran celebrando [...]”.

Para la Corte Constitucional²⁹ “[...] la **sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones** [...] motivó la unificación de las reglas y la **eliminación de beneficios desproporcionados**. El establecimiento expreso de que el Estado debe garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional y de que las leyes futuras deben guiarse por este criterio [...]”.

Así pues, la reforma se fundamentó, esencialmente, en que se presentó “[...] una situación insostenible en la medida en que serían los actuales y futuros contribuyentes los que debían financiar la deuda causada por las pensiones corrientes y, además, su gasto social y sus propias futuras pensiones. El déficit operacional por pasivos pensionales de los últimos 12 años, ascendía antes de la Ley 797 de 2003 al 30.5% del PIB, es decir que equivalía el 60% de la deuda pública total, lo cual era insostenible macroeconómica y fiscalmente. La carga sobre la generación actual y las futuras no era consistente con los ingresos de las mismas. El valor de la proyección del déficit pensional de acuerdo con cifras del DNP ascendía antes de la expedición de la Ley 797 al 207% del PIB del 2000, en

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Supra*.

*un horizonte de 50 años, por lo cual el Gobierno se propuso reformar el sistema pensional y el Congreso aprobó las Leyes 797 y 860 de 2003 con lo que se logró disminuir el déficit pensional a 170.2% en el mismo horizonte, lo cual es bueno pero no satisfactorio [...]*³⁰.

De esta manera, como se advierte, el Sistema de General de Pensiones presentó graves y determinantes dificultades financieras, razones que justificaron la reforma constitucional aprobada por el Congreso de la República, la cual, se repite, tuvo por finalidad garantizar el principio de equidad en materia pensional limitando e, incluso, eliminando los regímenes especiales existentes por el riesgo que se estaba generando en el referido sistema.

La reforma también unificó las reglas en torno al Sistema General de Pensiones, para lo cual consagró las siguientes directrices:

- Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este Acto Legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.
- **Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley**, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.
- Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido.
- A partir de la vigencia del Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno

³⁰ Congreso de la República. Gaceta 385 de 2004.

que contempla condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional, en sentencia T-353 de 2012³¹, señaló que “[...] **tal disposición lleva a replantear la forma como se han aplicado algunos regímenes, especialmente los que aún se encuentran vigentes en virtud del régimen de transición, y a cuestionar los factores que en reiteradas ocasiones se han tenido en cuenta para liquidar pensiones cuyos montos exceden el límite establecido por el constituyente [...]**”.

En este contexto, se determinó que lo más conveniente y razonable en aras de garantizar el principio sostenibilidad fiscal, es la realización de una labor de revisión pensional, ello con la finalidad de determinar si los beneficiarios de los regímenes especiales cumplen con los requisitos y condiciones establecidas por el ordenamiento jurídico.

(iii) El alcance de la sentencia C-258 de 7 de mayo de 2013, proferida por la Corte Constitucional, respecto de los derechos pensionales reconocidos sin el lleno de los requisitos y condiciones establecidas en la Ley 4ª de 1992 y su reglamentarios.

En cuanto al alcance de la decisión de la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013, la Sala advierte que la misma, al pronunciarse sobre las expresiones y apartes contenidos en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, concluyó, que “[...] **acceder al decreto de pensiones para congresista que no estuvieran en ejercicio al 1º de abril de 1994 sería tanto como desnaturalizar el régimen de transición consagrado para Congresistas [...]**”.

Asimismo, sostuvo que, de manera general, “*el precepto demandado tal y como viene siendo interpretado por el derecho viviente desconoce los artículos 13 y 48 de la Constitución Política*”, por cuatro razones, a saber:

“4.3.5.1. Permite que personas cobijadas por el régimen de transición, que no estaban afiliadas al régimen especial del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 el 1º de abril de 1994, puedan beneficiarse de él.”

(...)

³¹ Corte Constitucional. Sentencia T-353 de 2012. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

4.3.5.2. La interpretación vigente del precepto también lesiona el principio de igualdad, ya que conlleva a que un grupo de personas que pertenecen a los sectores mejor situados económicamente dentro de la población, sean favorecidos por ventajas también económicas de las que no gozan el resto de la población pensionada y que además suponen un alto subsidio con recursos públicos;

(...)

4.3.5.3. Al permitir que los recursos de la seguridad social no se destinen con prelación a los sectores más pobres y vulnerables, sino a personas con altos ingresos, cuyas cotizaciones carecen de una relación de correspondencia con el monto de la pensión que les fue reconocida...”.

4.3.5.4. Por último, la norma como viene siendo interpretada la disposición, conduce a la existencia de ventajas claramente desproporcionadas a favor de un grupo de personas en una situación socio-económica mejor que la del resto de la población y que implican un sacrificio injustificado de los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia que rigen la seguridad social, así como un obstáculo al cumplimiento del mandato de ampliación progresiva del sistema de seguridad social para cubrir a las personas de menores ingresos que viven su vejez en condiciones de alta vulnerabilidad [...]” (negritas fuera de texto).

Como consecuencia de lo anterior, la Corte Constitucional, en la providencia en comento, dispuso lo siguiente:

“Primero.- Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de nulidad del proceso, por falta de legitimación.

Segundo.- Declarar **INEXEQUIBLES** 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 primer inciso del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, así como la expresión “por todo concepto”, contenida en su párrafo.

Tercero.- Declarar **EXEQUIBLES** las restantes expresiones del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, relativas al régimen pensional de los congresistas y de los demás servidores públicos a quienes les resulte aplicable, 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 encontraren 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.

Cuarto.- Las pensiones reconocidas al amparo del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, con abuso del derecho o con fraude a la ley, en los términos del acápite de conclusiones de esta sentencia, se revisarán por los representantes legales de las instituciones de seguridad social competentes, quienes podrán revocarlas o reliquidarlas, según corresponda, a más tardar el 31 de diciembre de 2013.

Quinto.- En los demás casos de pensiones reconocidas de manera contraria a lo dispuesto en los numerales i, ii y iii del ordinal tercero, quienes tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones decretadas al amparo del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 deberán en el marco de su competencia tomar las medidas encaminadas para hacer efectivo el presente fallo, aplicando en lo pertinente, los artículos 19 y 20 la Ley 797 de 2003, en los términos del apartado de conclusiones de esta sentencia.

Sexto.- COMUNICAR a la Procuraduría General de la Nación, a la Contraloría General de la República y al Ministerio del Trabajo la presente sentencia para que velen por su efectivo cumplimiento [...]” (Negrillas fuera de texto).

Cabe resaltar que para sustentar la decisión, la Corte Constitucional, en la misma sentencia C-258 de 2013, hizo un análisis de cada uno de los elementos que integran el precepto demandado y, específicamente, respecto de los beneficiarios, factores de liquidación, ingreso base de liquidación y topes pensionales.

En relación con la aplicación del régimen de transición de los Congresistas, sostuvo que para ser beneficiario de un régimen especial en razón del régimen de transición, **resultaba absolutamente necesario estar afiliado al mismo al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993**, dado que considerar lo contrario sería tanto como desnaturalizar el régimen de transición, tal y como se observa a continuación:

“[...] 3.9.4. Interpretación que ha dado la jurisprudencia sobre la exigencia de vinculación al régimen de transición al 1 de abril de 1994.

La aplicación del régimen de transición de los Congresistas y de los Magistrados de las Altas Cortes, ha planteado ante la jurisdicción el interrogante si para acceder a un régimen especial resulta necesario

encontrarse vinculado al mismo al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993.

3.9.4.1. En un principio, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente la Sentencia C-596 de 1997, señaló de forma categórica que para ser beneficiario de un régimen especial en razón del régimen de transición, resultaba absolutamente necesario estar afiliado al mismo al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993.

En dicha providencia, la Corporación estudió la constitucionalidad del parágrafo 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, específicamente la expresión “al cual se encuentren afiliados”. La norma demandada señalaba:

“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.”

Los accionantes consideraban que la expresión “al cual se encuentran afiliados”, contenida en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, era violatoria del principio de favorabilidad y establecía una discriminación entre quienes al momento de entrar en vigencia el nuevo Sistema de Seguridad Social Integral (Ley 100 de 1993), a pesar de cumplir los requisitos establecidos, no se encontraran en ningún régimen o lo estaban en uno menos beneficioso.

La Corporación expuso varias razones por las cuales dicha exigencia resultaba razonable. En primer lugar, adujo que en consideración a que la Ley 100 de 1993 buscaba proteger una expectativa de ser pensionado bajo las reglas del régimen al cual se estaba inscrito, resulta necesario que efectivamente el beneficiado estuviera en él al momento de entrar a regir la Ley 100, de lo contrario, no existía ninguna expectativa que proteger. La Corporación señaló:

“(…) quienes a la fecha de entrada en vigencia de la ley se encontraban trabajando y adscritos a un determinado régimen pensional, no tenían propiamente un derecho adquirido a pensionarse según los requisitos establecidos por ese régimen ; tan solo tenían una expectativa de derecho frente a tales condiciones o exigencias. No obstante, la nueva ley de seguridad social les concedió el beneficio

antes explicado, consistente en la posibilidad de obtener la pensión según tales requisitos. Obviamente, la Ley 100, justamente en la expresión demandada, exigió que los acreedores a tal beneficio estuvieran afiliados a algún régimen pensional.

Luego, por elementales razones de lógica jurídica, era necesario establecer el condicionamiento de estar afiliado a algún régimen pensional para efectos de ser acreedor al beneficio derivado del régimen de transición, consistente en poder pensionarse de conformidad con los requisitos y condiciones previstos para el régimen anterior.”

En segundo lugar, señaló que el principio de favorabilidad se aplicaba cuando efectivamente se tiene expectativa frente a un derecho. Señaló expresamente la Corporación:

“El principio de favorabilidad supone que existen dos normas jurídicas que regulan una misma situación de hecho, y que una de ellas es más favorable que la otra. Pero ambas normas deben estar vigentes en el momento en que el juez que analiza el caso particular va a decidir cuál es la pertinente.

3.9.4.2. No obstante, posteriormente, el Consejo de Estado al estudiar una acción de nulidad contra el decreto que extiende los beneficios pensionales a favor de los Magistrados de las Altas Cortes, adoptó la tesis contraria y señaló que para ser beneficiario de un régimen especial, no resulta necesario estar inscrito en él al 1 de abril de 1994, incluso procede si se inscribe en forma posterior.

[...]

3.9.4.3. Esta misma posición fue acogida en sede de tutela, especialmente cuando esta Corporación ordenó el reconocimiento de las pensiones de Magistrados de las Altas Cortes bajo el régimen especial, aun cuando tomaron posesión de los cargos en una fecha posterior al 1° de abril de 1994. Así, en la Sentencia T-483 de 2009, la Corporación consideró que se presentaba una vía de hecho por parte de Cajanal al exigir a un ex Magistrado haber estado vinculado como tal al momento de entrar en vigencia la Ley 100.

3.9.4.4. No obstante, en la reciente Sentencia T-353 de 2012, la Sala Séptima de Revisión hace un cambio en esta posición al considerar que la misma se traduce en una desnaturalización del régimen de transición [...] (negrillas fuera de texto).

En cuanto a los efectos de la aplicación de la citada decisión, la Sala encuentra que la Corte Constitucional sostuvo que (i) **a partir de la sentencia, ninguna pensión**, causada bajo el régimen especial de Congresistas consagrado en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, **se podrá reconocer ni liquidar por fuera de**

las condiciones que fijan la interpretación conforme a la Constitución; (ii) a partir del 1º de julio de 2013 y sin necesidad de reliquidación, ninguna mesada pensional, con cargo a recursos de naturaleza pública, podrá superar el tope de los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por ello, todas las mesadas pensionales deberán ser reajustadas automáticamente a este tope por la autoridad administrativa y; (iii) **las autoridades administrativas revocarán o reliquidarán las pensiones que, bajo el amparo del artículo 17 Ley 4ª de 1992, se hayan reconocido con fraude a la ley o con abuso del derecho.**

Como se vislumbra, el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional diferenció los casos y eventos en los cuales procedía el mencionado ajuste, de esta manera distinguió entre:

- Las **pensiones adquiridas con abuso al derecho o fraude a la ley.**
- Las **pensiones reconocidas sin abuso del derecho ni fraude a la ley**, hipótesis que distingue dos situaciones:
 - La primera referida a aquellos derechos pensionales causados al amparo del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 y que fueron adquiridos cumpliendo todos los requisitos legales, atendiendo los criterios jurisprudenciales vigentes, bajo la convicción de estar actuando de buena fe y bajo los factores salariales de cotización establecidos por el Gobierno Nacional no por voluntad del cotizante.
 - **En la segunda, se encuentran aquellas situaciones en las que, aun cuando no encuadran en las hipótesis de abuso del derecho ni fraude a la ley, resulta improcedente predicar de ellas un completo cumplimiento de las condiciones para beneficiarse del régimen pensional dispuesto en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992.**
- Las **pensiones amparadas por la confianza legítima y la buena fe. En este evento se encuentran todos aquellos beneficiarios** del régimen especial dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, **que se hallaban vinculados a este régimen, de conformidad con la normatividad vigente al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993, esto es, al 1º de abril de 1994.**

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior y en relación con las pensiones adquiridas con abuso al derecho o fraude a la ley, la Corte Constitucional precisó que el pensionado no tiene un derecho adquirido, y por tanto, la Administración podrá proceder a revocar y reliquidar el derecho pensional, para lo cual deberá adelantar un procedimiento que garantice a los afectados su derecho a la defensa, con la posibilidad de la interposición de los recursos pertinentes, lo anterior en razón a la naturaleza de la discusión y a la presunción de legalidad del acto, la cual, por lo demás, deberá ser desvirtuada por la propia Administración.

De otro lado, en lo atinente a aquellos beneficiarios del régimen especial dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, que, de conformidad con la normatividad vigente, se encontraban vinculados a este régimen al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993, esto es, al 1º de abril de 1994, y que adquirieron el derecho pensional cumpliendo todos los requisitos legales, bajo la convicción de estar actuando de buena fe y bajo los factores salariales de cotización establecidos por el Gobierno Nacional, la Administración debe ajustar tales pensiones, sin necesidad de hacer reliquidaciones caso por caso, hasta el monto de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, tope pensional que fue dispuesto por el Constituyente como razonable.

Finalmente, y de manera general, **respecto de las asignaciones pensionales que fueron reconocidas con fundamento en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, pero sin tener en cuenta la totalidad de las exigencias y requisitos para la aplicación de dicho régimen y frente a las cuales no puede señalarse que existió abuso del derecho o fraude a la ley, se deberá iniciar el procedimiento previsto en el artículo 19 o en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, con el fin de revisar o reliquidar el monto de las mesadas.**

La anterior descripción casuística, por razones metodológicas, se detalla en el siguiente cuadro:

Modo de adquirir el Derecho Pensional	Regla establecida: principio de equidad y sostenibilidad fiscal	Procedimiento	Justificación

<i>(i) Pensiones reconocidas con abuso del derecho o fraude a la ley</i>			
<i>Con abuso al derecho o fraude a la ley</i>	<i>La Administración podrá proceder a revocar y reliquidar el derecho pensional.</i> <i>La reliquidación de la pensión puede ser inferior a los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes.</i>	<i>Mediante el procedimiento que garantice a los afectados su derecho a la defensa.</i>	<i>Garantizar el derecho de contradicción teniendo en cuenta la naturaleza de la discusión.</i> <i>La carga de la prueba para desvirtuar la legalidad del derecho es de la Administración.</i> <i>No puede desconocerse el mínimo vital del pensionado o de sus beneficiarios y asegurarse la protección de los derechos de las personas de la tercera edad.</i>
<i>(ii) Pensiones reconocidas sin abuso del derecho ni fraude a la ley</i>			
<i>Derechos pensionales causados al amparo del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, que no cumplían con todos los requisitos legales, pero sin abuso ni fraude a la ley.</i>			
<i>Derechos causados en virtud del art. 17 de la Ley 4/92, de aquellos funcionarios que al 1/04/94 no se encontraban inscritos en el referido régimen especial, y obtuvieron una liquidación o</i>	<i>La Administración debe revisar o reliquidar las mesadas pensionales.</i> <i>La reliquidación de la pensión puede ser inferior a los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes.</i>	<i>Mediante el procedimiento previsto en los artículos 19 o 20 de la Ley 797 de 2003.</i> <i>El primero, para las pensiones reconocidas exclusivamente por vía administrativa.</i>	<i>Garantizar el derecho de contradicción teniendo en cuenta la naturaleza de la discusión.</i> <i>La carga de la prueba para desvirtuar la legalidad del derecho es de la</i>

reliquidación de la pensión con clara desproporción, en relación con la que le habría correspondido en una aplicación conforme a la Constitución del mencionado régimen.		El segundo, para las pensiones reconocidas en cumplimiento de una sentencia judicial.	Administración. No puede desconocerse el mínimo vital del pensionado o de sus beneficiarios y asegurarse la protección de los derechos de las personas de la tercera edad.
Derechos causados en virtud del art. 17 de la Ley 4/92, pero que a través de decisiones administrativas o judiciales, obtuvieron el reajuste de su pensión con el único propósito de equiparar la pensión del interesado a la de otro congresista que se pensionó con base en un ingreso superior, sin que existiese norma que ordenara tal equiparación	La Administración debe revisar o reliquidar las mesadas pensionales. La reliquidación de la pensión puede ser inferior a los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes.	Mediante el procedimiento previsto en los artículos 19 o 20 de la Ley 797 de 2003.	Garantizar el derecho de contradicción teniendo en cuenta la naturaleza de la discusión. La carga de la prueba para desvirtuar la legalidad del derecho es de la Administración. No puede desconocerse el mínimo vital del pensionado o de sus beneficiarios y asegurarse la protección de los derechos de las personas de la tercera edad.
Las pensiones causadas con posterioridad al 31 de julio de 2010.	La Administración debe revisar o reliquidar las mesadas pensionales. La reliquidación de	Mediante el procedimiento previsto en los artículos 19 o 20 de la Ley 797 de 2003.	Garantizar el derecho de contradicción teniendo en cuenta la naturaleza de la discusión.

	<i>la pensión puede ser inferior a los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes.</i>		<i>La carga de la prueba para desvirtuar la legalidad del derecho es de la Administración.</i> <i>No puede desconocerse el mínimo vital del pensionado o de sus beneficiarios y asegurarse la protección de los derechos de las personas de la tercera edad.</i>
<i>(iii) Pensiones amparadas por la confianza legítima y la buena fe</i>			
<i>Derechos pensionales causados al amparo del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, de aquellos beneficiarios que se encontraban vinculados al régimen al 1 de abril de 1994 y cumplieron con todos los requisitos legales.</i>	<i>La Administración debe reajustarla el derecho pensional, sin necesidad de hacer reliquidación caso por caso.</i> <i>El reajuste de la pensión se da hasta bajar a 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes.</i>	<i>No es una reliquidación sino un ajuste hacía el futuro.</i>	<i>La medida se adoptó armonizando lo resuelto con los principios de la buena fe y confianza legítima.</i>

Sobre los supuestos de aplicación de la regla establecida por la Corte Constitucional respecto de las distintas hipótesis que se presentan en relación con los derechos pensionales adquiridos con fundamento en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, la Sala considera que las mismas guardan coherencia con los derechos adquiridos de los beneficiarios, el derecho fundamental al debido proceso y los principios de buena fe y confianza legítima.

Así las cosas y para el caso que ocupa la atención de la Sala, en aquellos eventos en los cuales el beneficiario del derecho pensional no cumpliera con la totalidad de las exigencias y requisitos para la aplicación del régimen establecido en la Ley 4 de 1992 y sus decretos reglamentarios³², se deberá iniciar el procedimiento previsto en el artículo 19 o en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, con el fin de revisar el mismo, tal y como ocurre en el caso de autos.

(v) Solución del caso concreto

El señor Flaminio Malaver Hernández, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo – CCA, presentó demanda con el fin de obtener la nulidad de las Resoluciones 0382 de 8 de marzo de 2006 y 0812 de 30 de mayo de la misma anualidad, por medio de las cuales el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República – Fonprecon, denegó la reliquidación de la pensión vitalicia de jubilación.

A título de restablecimiento, solicitó que se condenara a Fonprecon a reliquidar la referida pensión en cuantía equivalente al 75% del promedio de los factores salariales devengados como Representante a la Cámara, de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 y en el Decreto 1359 de 1993 y, finalmente, deprecó el pago de los ajustes de valor sobre las sumas que resultaren adeudadas.

Al respecto, la Subsección B, Sección Segunda, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia de 12 de octubre de 2007, denegó las súplicas de la demanda, por cuanto el señor Flaminio Malaver Hernández, para el 1º de abril de 1994, no era Congresista, ni tampoco lo había sido con anterioridad, y que tan sólo hasta el año 1998 vino a adquirir la calidad de Representante a la Cámara.

En el escrito de apelación, el apoderado judicial manifestó que él es beneficiario del régimen de transición, por cuanto a 1º de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad y acreditaba más de 15 años de servicio y, por consiguiente, tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación en los términos

³² Tal es el caso de los beneficiarios que se encontraban vinculados al régimen de pensiones de los Congresistas al 1 de abril de 1994 y cumplieron con todos los requisitos legales.

previstos en el artículo 17 de la Ley 4.^a de 1992 y sus reglamentarios, esto es, en un monto no inferior al 75% de lo devengado por todo concepto por un Congresista en ejercicio a la fecha de decretarse el derecho.

Por su parte, la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, en la sentencia de segunda instancia, de 23 de septiembre de 2010, revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, accedió a las pretensiones de la demanda.

El Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, con fundamento en la causal contemplada en el literal b) del artículo 20 de la Ley 793 de 2003, solicitó la revisión de la sentencia de segunda instancia, en la cual se analizó la legalidad de los actos administrativos a través de los cuales Fonprecon decidió negar la reliquidación del monto de la pensión de jubilación reconocida, en cuanto que la Resolución 1344 del 3 de diciembre de 2001, por medio de la cual se reconoció a favor del señor Flaminio Malaver Hernández la pensión vitalicia de jubilación, no fue objeto de controversia en dichos procesos.

De lo probado en el proceso:

i) El Fondo de Previsión Social del Congreso de la República – Fonprecon, a través de la Resolución 1344 de 3 de diciembre de 2001, le reconoció al señor Flaminio Malaver Hernández pensión de jubilación en cuantía de \$3.035.653.96.

ii) El señor Malaver Hernández nació el 9 de marzo de 1929³³. Lo que implica que al 1º de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad.

iii) El señor Malaver Hernández se vinculó al Congreso de la República en el período comprendido entre el 1º de enero de 1998 y el 30 de marzo de la misma anualidad, como Representante a la Cámara³⁴.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala advierte que a la fecha en que entró en vigencia de la Ley 4.^a de 1992 (18 de mayo de 1992), el señor Flaminio Malaver Hernández no ocupaba el cargo de Congresista y aun cuando contaba con más de 35 años al 1º de abril de 1994, y estaba amparado en el régimen de transición

³³ Copia de la cédula de ciudadanía visible en el folio 110 vuelto del cuaderno principal.

³⁴ Ver Resolución 1334 de 3 de diciembre de 2001, visible a folios 153 a 163 del cuaderno 4.

general establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que no resultaba beneficiario del régimen contemplado en el Decreto 1293 de 1994, porque este último fue consagrado para quienes tenían la calidad de Congresista entre el 18 de mayo de 1992 y el 1º de abril de 1994, como se expuso en los acápites anteriores.

En efecto, al señor Malaver Hernández no le era aplicable el régimen especial de los Congresistas consagrado en el Decreto 1359 de 1993, por cuanto a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992, esto es, al 18 de mayo de 1992, no ocupaba el cargo de Senador de la República o de Representante a la Cámara, ni se encontraba afiliado a Fonprecon.

Asimismo, la Sala advierte que no se está en presencia de un derecho adquirido, de modo que se pudiera hablar de una expectativa legítima, toda vez que de conformidad con el artículo 58 de la Constitución Política tal protección se otorga frente a los derechos reconocidos con arreglo a las leyes que lo consagran, lo cual no sucedió en el *sub lite*.

Lo anterior guarda plena coincidencia con los fundamentos del Acto Legislativo 01 de 2005, mediante el cual se busca la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones y “[...] *la eliminación de beneficios desproporcionados* [...]”.

En términos de la Corte Constitucional, lo más “[...] *razonable* [...]” de acuerdo con las prescripciones del ordenamiento jurídico es la realización de una labor de revisión pensional, ello con la finalidad de determinar si los beneficiarios de los regímenes especiales cumplen con los requisitos y condiciones establecidas, tal y como ocurre en el proceso de la referencia.

En virtud de lo anterior, el señor Malaver Hernández no podía, entonces, beneficiarse del régimen especial de Congresistas en tanto que éste no le era aplicable y, además porque ordenar la reliquidación en los términos deprecados por ella equivaldría a equiparar el régimen especial de Congresista con el consagrado en la Ley 100 de 1993, tal y como el Tribunal de primera instancia lo había considerado. Sobre el particular, se lee de la providencia lo siguiente:

“[...] para tener derecho a los beneficios del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la ley 100/93, para dicha no tenía la calidad de senador o representante, pues el accionante vino hacer elegido

congresista para el reconocimiento de la pensión de jubilación, el régimen especial de transición del Decreto 1293 de 1994, precisamente por no tener la calidad de congresista y no encontrarse afiliado al régimen propio de éstos al momento de entrar en vigencia el sistema general de pensiones [...]”.

Tampoco puede aplicarse tal régimen en virtud del principio de favorabilidad, en tanto que, como lo señaló la Corte Constitucional, el mismo “[...] supone que existen dos normas jurídicas que regulan una misma situación de hecho, y que una de ellas es más favorable que la otra [...]”³⁵. Así las cosas, es claro que el juez de segunda instancia erró al aplicar el régimen de transición, toda vez que, como lo precisó la referida Corporación Judicial “[...] se trata de la comparación entre el nuevo régimen y el régimen derogado, lo cual carece de fundamento, ya que no estando de por medio derechos adquiridos, al legislador le es permitido definir libremente los requisitos para acceder a un derecho-prestación de contenido económico-social, tal cual es el derecho a la pensión de jubilación [...]”³⁶.

Ahora bien, y en coherencia con lo anterior, el señor Malaver Hernández al haber estado vinculado al servicio oficial por aproximadamente 32 años³⁷, le era procedente la aplicación del reajuste monetario, pero en los términos de los artículos 7º de la Ley 71 de 1988³⁸ y 36 de la Ley 100 de 1993 y no de conformidad con lo establecido con la Ley 4ª de 1992 y sus decretos reglamentarios, como bien lo consideró el Tribunal de primera instancia.

En este orden de ideas, la Sala estima que se configuró la causal establecida en el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, por lo que se infirmará la sentencia de 23 de septiembre de 2010, proferida por la Subsección B, Sección Segunda, del Consejo de Estado y, en su lugar, se confirmará el fallo de 12 de octubre de 2007, dictado por la Subsección B, Sección Segunda, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través del cual se denegó la reliquidación de

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-596 de 1997. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Estuvo vinculado al Departamento de Boyacá por 11 años, 5 meses y 11 días; a la Asamblea de Boyacá por 2 años; al Fondo Ganadero de Boyacá por 18 años y nueve meses; y a la Cámara de Representantes por 3 meses. Ver folios 44 y 45 del cuaderno 4.

³⁸ Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones. Artículo 7º “[...] A partir de la vigencia de la presente Ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer [...]”.

la pensión mensual vitalicia de jubilación reconocida al señor Flaminio Malaver Hernández.

Ahora bien, en cuanto al reintegro de los dineros que se pagaron al señor Malaver Hernández, en razón de la reliquidación ordenada en la sentencia revisada, la Sala considera que los pagos realizados fueron efectuados y recibidos de buena fe por lo que es aplicable lo establecido artículo 164, numeral 1º, literal c), de la Ley 1437 de 2011, según el cual los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo, pero *“[...] no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe [...]”*, en tanto fue una decisión judicial la que ordenó la reliquidación pensional en esos términos, es decir, que tal situación se produjo en el contexto del proceso judicial de nulidad y restablecimiento del derecho incoado por aquella.

Finalmente, no se condenará en costas por cuanto el recurso extraordinario de revisión se declarará fundado, lo anterior siguiendo los lineamiento de esta Corporación³⁹ y lo dispuesto en el numeral 1º, del artículo 365 del CPG⁴⁰, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA⁴¹.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Veinte Especial de Decisión de la Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad la Ley,

F A L L A :

PRIMERO: DECLARAR fundado el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República – Fonprecon, en contra de la sentencia de 23 de septiembre de 2010, proferida por la Subsección

³⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 21 de junio de 2018. Rad.: 2014 – 00982. Magistrado Ponente: doctor William Hernández Gómez

⁴⁰ 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. Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe [...]”*.

⁴¹ Artículo 188. Condena en costas. *“[...] 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 del Código de Procedimiento Civil [...]”*.

B, Sección Segunda, del Consejo de Estado, mediante la cual se revocó el fallo de 12 de octubre de 2007, dictado por la Subsección B, Sección Segunda, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación del señor Flaminio Malaver Hernández.

SEGUNDO: INFIRMAR la sentencia de 23 de septiembre de 2010, proferida por la Subsección B, Sección Segunda, del Consejo de Estado. En su lugar, se dispone:

CONFIRMAR el fallo de 12 de octubre de 2007, dictado por la Subsección B, Sección Segunda, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en tanto negó las pretensiones de la demanda incoada por el señor Flaminio Malaver Hernández, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo – CCA, en contra del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República – Fonprecon.

TERCERO: DENEGAR las demás pretensiones del recurso extraordinario de revisión.

CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente del recurso extraordinario de revisión y **DEVUÉLVASE** el cuaderno contentivo de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Presidente
Consejero de Estado

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Consejero de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Consejero de Estado

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Consejero de Estado

ACLARACIÓN DE VOTO – Inaplicabilidad de precedente por haberse radicado demanda antes de la expedición de sentencia aplicada

[N]o era necesario examinar el caso a la luz de las pautas dispuestas en la sentencia C-258 de 2013, más cuando la demanda se interpuso antes de la expedición de este pronunciamiento. Una posición contraria podría desconocer el marco fijado en la demanda y afectar los derechos de las partes del proceso

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA VEINTE ESPECIAL DE DECISIÓN

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO JORGE OCTAVIO RAMÍREZ
RAMÍREZ**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2012-01718-00(REV)

Actor: FLAMINIO MALAVER HERNÁNDEZ

Demandado: FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, FONPRECON

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Sala, me permito aclarar el voto favorable otorgado a la sentencia proferida en el proceso de la referencia.

Estoy de acuerdo con la decisión de declarar fundado el recurso extraordinario y, en consecuencia, infirmar la sentencia del 23 de septiembre de 2010, proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, porque el señor Malaver Hernández no era beneficiario real de la pensión especial que disfrutaba.

Sin embargo, esa conclusión se sustentaba, en el caso concreto, en la *ratio decidendi* de la sentencia C-596 de 1997, según la cual no era posible ser beneficiario de un régimen de transición si al momento de su entrada en vigencia no se estaba afiliado al mismo.

Por eso no era necesario examinar el caso a la luz de las pautas dispuestas en la sentencia C-258 de 2013, más cuando la demanda se interpuso antes de la expedición de este pronunciamiento. Una posición contraria podría desconocer el

marco fijado en la demanda y afectar los derechos de las partes del proceso.

Atentamente,

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

ACLARACIÓN DE VOTO – Inaplicación del precedente

[E]n mi criterio el fallo de revisión no tuvo en cuenta que cuando se formuló el recurso extraordinario y el señor Malaver Hernández asumió su defensa en este asunto, no se había proferido la sentencia C-258 de 2013 de la Corte Constitucional. En efecto, la demanda de revisión es anterior al fallo de constitucionalidad, pues data de septiembre de 2012, sin embargo, la sentencia tomó como punto de partida que la entidad de previsión formuló el recurso extraordinario especial, en cumplimiento del mandato de la Corte en aquella providencia y por esa razón basó muchos de sus planteamientos en aquella decisión. En mi criterio y por la citada razón, estos planteamientos no debieron ser sustento principal de la decisión; en lugar de ello, esta debió respaldarse exclusivamente en los precedentes judiciales anteriores al 2013 y de ser el caso, solo como complemento, señalar que la tesis sostenida en estas decisiones también fue acogida en la sentencia proferida posteriormente por la Corte Constitucional

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA VEINTE ESPECIAL DE DECISIÓN

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2012-01718-00(REV)

Actor: FLAMINIO MALAVER HERNÁNDEZ

Demandado: FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, FONPRECON

Con el respeto de costumbre, en el presente escrito consigno los argumentos que motivan mi aclaración de voto al fallo de la referencia.

En efecto, aunque comparto la decisión de fondo adoptada por la Sala Especial de Decisión número 20 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en la que accedió parcialmente a las pretensiones de revisión del fallo proferido el día 23 de septiembre de 2010 por la Sección Segunda,

Subsección B del Consejo de Estado y confirmó la decisión tomada en primera instancia por el Tribunal de Cundinamarca, es necesario precisar lo siguiente:

En efecto, considero y así lo expresé a la Sala, que el demandante en el proceso ordinario, cuya sentencia fue objeto de revisión, no tenía derecho a que su pensión se reliquidara con base en el régimen pensional especial de los congresistas, regulado en la Ley 4 de 1992 y el Decreto 1293 de 1994; por lo tanto, debieron negarse sus pretensiones en aquel trámite judicial, como ahora se dispuso con la revisión.

Sin embargo, en mi criterio el fallo de revisión no tuvo en cuenta que cuando se formuló el recurso extraordinario y el señor Malaver Hernández asumió su defensa en este asunto, no se había proferido la sentencia C-258 de 2013 de la Corte Constitucional. En efecto, la demanda de revisión es anterior al fallo de constitucionalidad, pues data de septiembre de 2012, sin embargo, la sentencia tomó como punto de partida que la entidad de previsión formuló el recurso extraordinario especial, en cumplimiento del mandato de la Corte en aquella providencia y por esa razón basó muchos de sus planteamientos en aquella decisión.

En mi criterio y por la citada razón, estos planteamientos no debieron ser sustento principal de la decisión; en lugar de ello, esta debió respaldarse exclusivamente en los precedentes judiciales anteriores al 2013 y de ser el caso, solo como complemento, señalar que la tesis sostenida en estas decisiones también fue acogida en la sentencia proferida posteriormente por la Corte Constitucional.

Ahora bien, aunque reitero que no comparto la aplicabilidad de este precedente al caso concreto, considero que si la posición mayoritaria de la sala de decisión fue acoger este precedente como sustento principal del fallo, en este debió pronunciarse expresamente sobre los parámetros para la reducción de la mesada pensional del señor Malaver Hernández. Estos parámetros fueron dados en la sentencia de constitucionalidad citada, donde la Corte advirtió que «[...] no puede haber reducciones de las mesadas manifiestamente desproporcionadas contrarias al mínimo vital y que vulneren los derechos de las personas de la tercera edad. [...]».

Esto, teniendo en cuenta que en el caso concreto no existe prueba de mala fe o actuación fraudulenta en el reconocimiento o reliquidación pensional, como se concluyó en la decisión. Pese a lo anterior, la decisión objeto de esta aclaración no hizo alusión alguna sobre este aspecto, lo sí debió hacerse.

De esta forma expreso las razones por las cuales aclaro el voto afirmativo dado al fallo proferido en este asunto.

Respetuosamente,

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Magistrado