

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

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., trece (13) de febrero de dos mil veinte (2020)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 250002342000-2014-03021-01 (3836-2016)
Demandante: FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA¹
Demandado: JUAN GUILLERMO ARIAS RAMÍREZ
Tema: Reajuste especial de pensión de excongresista.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011

O-027-2020

ASUNTO

Decide la Subsección el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra la sentencia proferida el 11 de febrero de 2016 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El Fondo Nacional de Previsión Social del Congreso de la República en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que

¹ En adelante FONPRECON.

consagra el artículo 138 de la Ley 1437 del 2011², en su modalidad de lesividad, formuló en síntesis las siguientes:

Pretensiones³

1. Declarar la nulidad de las Resoluciones 0347 del 11 de abril de 1994 por medio de la cual se afilia a la señora Olivia Ramírez de Arias al Fondo Nacional de Previsión del Congreso de la República, 1679 del 30 de diciembre de 1994 mediante la cual se ordena el pago de un reajuste especial de la pensión de jubilación en un 75% del ingreso mensual promedio que devengaba un congresista en el año 1994, 0420 del 2 de abril de 1996 en la cual se reconoce reajuste especial de los años 1992 y 1993, 1772 del 30 de diciembre que ordenó intereses moratorios a la señora Ramírez de Arias de 1996 y 0067 del 14 de febrero de 2013 la cual aclaró una sustitución pensional al reconocer al señor Juan Guillermo Arias Ramírez como hijo inválido del causante.

2. A título de restablecimiento del derecho solicitó declarar que el señor Juan Guillermo Arias Ramírez no tiene derecho a seguir afiliado a Fonprecon, como tampoco a ser beneficiario del reajuste especial del 75% del ingreso promedio mensual devengado por un congresista en el año 1992.

3. Declarar que el pago de la pensión de jubilación reconocida por la extinta Caja Nacional de Previsión Social (hoy UGPP) mediante Resolución 01071 del 10 de marzo de 1971 al causante y la posterior sustitución al demandado como hijo inválido, así como el reconocimiento de cualquier reajuste al cual hubiese lugar, no es susceptible de ser asumido por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.

4. Ordenar a la UGPP reanudar su pago y a reintegrar a Fonprecon, los valores que por concepto de mesadas pensionales sufragó este y durante el periodo en que las canceló.

5. Ordenar al señor Juan Guillermo Arias Ramírez a reintegrar al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, el mayor valor de los pagos efectuados y correspondientes a las mesadas pensionales durante el término en que permanezca como afiliado a dicha entidad.

² «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», en adelante CPACA.

³ Folios 265 a 267.

6. Asimismo, que como consecuencia del decreto de la suspensión provisional parcial de la resolución demandada, se ordene que mientras se decide de manera definitiva sobre la nulidad de los actos administrativos demandados, se pague la mesada pensional en un valor correspondiente al 50% de lo devengado por un congresista en ejercicio para el año 1992 y no en un 75% como equivocadamente lo efectuó Fonprecon.

Fundamentos fácticos relevantes⁴:

1. La extinta Caja Nacional de Previsión Social (hoy UGPP) mediante Resolución 01071 del 10 de marzo de 1971, reconoció pensión de jubilación al señor Jesús María Arias Aristizábal, efectiva a partir del 20 de julio de 1970.

2. El señor Arias Aristizábal falleció el 7 de agosto de 1975, por consiguiente, la caja de previsión expidió la Resolución 01364 del 26 de abril de 1976, a través de la cual sustituyó la prestación a la señora Olivia Ramírez de Arias y «a su hijo menor inválido Juan Guillermo Arias Ramírez, hasta cumplir los 21 años de edad.»

3. Dado que para el momento en que la extinta Cajanal reconoció la pensión de jubilación al señor Jesús María Arias Aristizábal no existía el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, este por medio de Resolución 347 del 11 de abril de 1994, ordenó la afiliación de la señora Olivia Ramírez de Arias, acto administrativo en el cual no se menciona al señor Juan Guillermo Arias Ramírez en su calidad de hijo del causante.

4. A su vez, FONPRECON expidió la Resolución 348 del 11 de abril de 1994 y reconoció el reajuste especial a que se refiere el Decreto 1359 de 1993, en cuantía equivalente al 50% de la mesada pensional a que tendrían derecho los congresistas en ejercicio para la época de reconocimiento, con efectos fiscales a partir del 1.º de enero de 1994.

5. No obstante lo anterior, por medio de Resolución 1679 del 3 de diciembre de 1994, la entidad demandante revocó el acto administrativo citado y ordenó el reajuste especial del 75% del ingreso mensual promedio devengado por un parlamentario, a partir del 1.º de abril de 1994.

⁴ Folios 267 a 269.

6. Posteriormente, a través de Resolución 420 del 2 de abril de 1996, se reconoció a la señora Olivia Ramírez de Arias el reajuste especial a partir de 1.º de enero de 1992 y se ordenó reconocer el retroactivo correspondiente.

7. FONPRECON reconoció a la señora Ramírez de Arias intereses moratorios respecto del reajuste especial reconocido, conforme a Resolución 1772 del 30 de diciembre de 1996.

7. La señora Olivia Ramírez de Arias falleció el 28 de enero de 2013.

8. Por lo anterior, la entidad demandante a través de Resolución 0067 del 14 de febrero de 2013 aclaró la calidad de sustituto pensional del señor Juan Guillermo Arias Ramírez como hijo inválido del señor Jesús María Arias Aristizábal (causante) y ordenó continuar el pago de la mesada pensional a su favor en un 100%.

9. El valor pagado en exceso por parte de FONPRECON al señor Juan Guillermo Arias Ramírez asciende a la suma de \$317.439.111 moneda corriente.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso, bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de establecer el objeto del proceso y de la prueba.⁵ En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvenición. Además, se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del

⁵ Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. (2015). EJRLB.

proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo.⁶

En el presente caso a folio 376 vuelto y en CD obrante a folio 433, se indicó lo siguiente en la etapa de excepciones previas:

«[...] No hay lugar a la decisión de excepciones previas ni la enlistadas en el inciso 1 del numeral 6 del artículo 180 del CPACA, por cuanto no se propusieron en la contestación de la demanda ni el despacho encuentra en este momento la necesidad de pronunciamiento de oficio. [...]».

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de “tuerca y tornillo”, porque es guía y ajuste de esta última.⁷

En la audiencia inicial a folio 376 vuelto y CD a folio 433 se fijó el litigio respecto del problema jurídico, así:

«[...] Determinar si hay lugar a la declaratoria de nulidad de los actos acusados, por los cuales el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República reconoció y ordenó el pago de un reajuste pensional y ordenó continuar pagando la mesada pensional en un 100% al señor Juan Guillermo Arias Martínez, de conformidad con la normativa reguladora de la materia y los hechos debidamente probados. [...]».

Se notificó la decisión en estrados y no se presentaron recursos.

SENTENCIA APELADA⁸

El *a quo* profirió sentencia escrita el 11 de febrero de 2016, en la cual accedió parcialmente a las pretensiones con fundamento en las siguientes consideraciones:

⁶ Módulo *El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. (2012). EJRLB.

⁷ Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. (2015). EJRLB.

⁸ Folios 433 a 441 vuelto.

El Tribunal hizo referencia a los artículos 17 de la Ley 4ª de 1992, 17 del Decreto 1359 de 1993 y 7.º del Decreto 1293 de 1994, de los cuales concluyó que para ser beneficiario del reajuste especial del 50% de la pensión de un congresista a partir del 1.º de enero de 1994, se requería que el beneficiario se hubiese pensionado como congresista; y que el derecho pensional se hubiese causado con anterioridad a la vigencia de la Ley 4ª de 1992.

De acuerdo con ello, sostuvo que no era posible dar aplicación del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 a dichos pensionados, en lo referente al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año percibió el congresista, pues este se refiere a aquellos parlamentarios que se pensionaron a partir de la entrada en vigencia de la citada normativa, tal y como lo señaló el Consejo de Estado en la sentencia del 5 de agosto de 2010.

Analizó las pruebas allegadas al plenario y señaló que al señor Jesús María Arias Aristizábal le fue reconocida la pensión el 10 de marzo de 1971, por lo que de acuerdo a lo previsto por el artículo 23 de la Ley 33 de 1985, no era factible que tal prestación fuera asumida por FONPRECON dado que dicha entidad no había sido creada para la fecha del reconocimiento de la pensión.

No obstante lo anterior, entidad demandante debía asumir la prestación, al verificarse que solo cumplía una función restringida al pago de la pensión de jubilación, pues esta era financiada con recursos de la Caja Nacional de Previsión Social y la Caja Nacional de Presupuesto Rentas y Gastos del Congreso, pues el Fondo repetía mensualmente contra estas dos entidades, aunado a ello, no se podía privar al demandado de percibir una pensión y a los servicios de salud, los cuales garantizaban sus derechos fundamentales. Sumado a ello, el señor Juan Guillermo Arias era sujeto de especial protección constitucional.

Por otra parte, en relación con el reajuste pensional aseveró que según los Decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994 diferenciaron entre los excongresistas ya pensionados y los que adquirieron dicha prestación con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992, en el sentido de que el primer grupo tiene derecho a que por una sola vez se le cancele el reajuste equivalente al 50% del promedio de las pensiones devengadas por los congresistas y, dado que FONPRECON reconoció a la parte demandada el 75%, dichos actos administrativos contravienen la citada normativa.

El *a quo* agregó que las sentencias de tutela T-456 de 1994 y T-463 de 1995 no eran aplicables al *sub lite* toda vez que eran fallos de tutela y no de constitucionalidad, cuyos efectos eran *inter partes*, razón por la cual no era imperativo para la entidad demandante extender los alcances de dichas providencias a personas diferentes a las relacionadas en esos procesos.

Destacó que respecto a la Resolución 1772 del 30 de diciembre de 1996, mediante la cual se reconoció intereses moratorios a la señora Olivia Ramírez de Arias se configuró la caducidad dado que reconoció el pago unitario de una suma de dinero, y no el de una prestación periódica. Por tanto, según el artículo 136 numeral 7 del CCA –acto administrativo vigente para la fecha de expedición del acto- transcurrieron más de dos años entre dicha fecha y la presentación de la demanda (17 de julio de 2014).

Finalmente, consideró que no era procedente el reintegro del mayor valor de los pagos efectuados por la entidad demandante, dado que no se había aportado prueba que desvirtuara la presunción de buena fe de la parte demandada.

Acorde con los anteriores razonamientos, el tribunal de primera instancia profirió sentencia que se resume así: i) declaró probada de oficio la excepción de caducidad del medio de control contra la Resolución 1772 del 30 de diciembre de 1996; ii) declaró la nulidad de las Resoluciones 1679 del 30 de diciembre de 1994 y 420 del 2 de abril de 1996; en cuanto ordenaron el reajuste pensional especial en cuantía del 75% de lo devengado por un congresista en ejercicio para el año 1994; iii) a título de restablecimiento del derecho ordenó a FONPRECON a reajustar la pensión causada por el señor Jesús María Arias Ramírez y que actualmente percibe su hijo, Juan Guillermo Arias Ramírez, de tal forma que la mesada pensional equivalga al 50% del promedio de lo devengado por un congresista en ejercicio para el año 1994; y iv) negó las demás pretensiones.

RECURSO DE APELACIÓN⁹

La parte demandada apeló la decisión de primera instancia. Las razones en que fundamenta su recurso son las siguientes:

Señaló que conforme lo expuesto en la sentencia C-258 de 2013, todos los excongresistas pensionados antes del 1.º de abril de 1994 que cumplieren con los requisitos del régimen de transición (artículo 36 de la Ley 100 de 1993), tienen derecho a que su pensión sea el equivalente a 25 smlmv porque este es el tope señalado en la mencionada providencia por parte de la Corte Constitucional, por tanto, si se llagare a confirmar la sentencia de primera instancia en el *sub lite*, el monto de la pensión del señor Juan Guillermo Arias Ramírez quedará muy por debajo de dicho monto.

⁹ Folios 474 a 510.

De otro lado, peticionó que se aplique la excepción de inconstitucionalidad en relación con el artículo 7 del Decreto 1293 de 1994, que modificó el artículo 17 del Decreto 1359 de 1993, en cuanto a que vulnera en forma manifiesta el inciso 2 del artículo 1.º del Acto Legislativo 01 de 2005, toda vez que esta última normativa que se encontraba vigente al momento de la presentación de este medio de control, prohíbe expresamente la reducción de las mesadas pensionales, lo cual ocurriría con la orden dada por el *a quo*.

Resaltó que la nulidad del acto propio no debió plantearse por parte de FONPRECON, pues resultaba obligatorio demostrar que la prestación no fue reconocida conforme a derecho, presupuesto que no se cumplió, tampoco se probó que se concedió con abuso del derecho o con ocasión de la comisión de un delito. En este sentido, el demandado tiene derechos adquiridos que no pueden vulnerarse a la luz de los principios constitucionales.

De otro lado, afirmó que se vulneró el principio de confianza legítima dado que fueron actos legalmente expedidos en ese entonces por la autoridad competente, conforme a la interpretación de la Corte Constitucional respecto de la Ley 4ª de 1992, pronunciamientos que deben considerarse proferidos conforme a derecho, y que fueron acogidos por FONPRECON al momento de efectuar el reajuste del 75%; además de ello, porque dicho fondo ha efectuado las deducciones de ley con destino a las entidades de salud.

Aseveró que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en su modalidad de lesividad es improcedente, cuando en el ejercicio de aquel se vulneran derechos y garantías constitucionales, más aún cuando los actos administrativos acusados fueron expedidos al amparo de la Constitución y la ley y gozan de una presunción de legalidad de carácter «permanente».

Agregó que el acto que reajustó la pensión del demandado es del año 1994, es decir, hace más de 16 años, luego, el medio de control ejercido adolece de caducidad. Aunado a ello, se advierte una contradicción entre los numerales 2 y 7 del artículo 136 del Decreto 01 de 1984, por lo que debe preferirse la posterior, y, por tanto, en el *sub examine* se presenta la caducidad de todos los actos administrativos que no tuvieran que ver con prestaciones periódicas, circunstancia que debía ser examinada en esta instancia.

A su vez, indicó que la entidad demandante sí tiene la competencia para reconocer su pensión así como el respectivo reajuste. Adicionó que Fonprecon solo debía solicitar la devolución de las sumas en forma proporcional, esto es, el valor de la mesada que es cancelada por las otras entidades, por tal motivo, no se conformó el litis consorcio necesario.

Manifestó que «de conformidad con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, y en concordancia con el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, las acciones para el sector oficial, y relacionadas con las prestaciones periódicas sociales prescriben en tres (3) años». Insistió en que tiene derecho al reajuste del 75% pues no es válida la distinción que se realiza en la sentencia recurrida entre parlamentarios antes y después de la Ley 4ª de 1992, la cual vulnera el principio de favorabilidad, por lo que debe declararse que la presente demanda va en contravía del dicha normativa así como de los artículos 1, 5 y 6 del Decreto 1359 de 1993.

Por otra parte, increpó que debe declararse probada la inepta demanda, toda vez que no se explicó en qué consistió la violación del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, tampoco se indicó quién es la parte demandada y además no existe congruencia entre los hechos que sirven de base del medio de control y las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandada¹⁰: reiteró los razonamientos expuestos en el recurso de apelación y solicitó que en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* la sentencia que se profiera en esta instancia no puede hacer más gravosa su situación, pues es apelante único.

Parte demandante¹¹: petitionó se confirme la sentencia de primera instancia en la medida en que declaró que el reajuste aplicable a los congresistas pensionados antes de la Ley 4ª de 1992 en cuantía del 50% de la pensión que devengaba un congresista a partir del 1.º de enero de 1994.

El **Ministerio Público** guardó silencio en desarrollo de esta etapa procesal¹².

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es

¹⁰ Folios 584 a 618.

¹¹ Folios 619 a 624.

¹² Según constancia secretarial visible a folio 625.

competente para resolver el recurso de apelación interpuesto. De igual forma, según el artículo 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Cuestión previa

De las excepciones formuladas en el recurso de apelación

Si bien es cierto, conforme al artículo 175 del CPACA la oportunidad procesal para proponer excepciones es la contestación de la demanda, dado que varios de los medios exceptivos planteados configuran presupuestos procesales del medio de control, es pertinente su estudio previo al análisis del fondo del asunto.

a) Improcedencia de la «acción»(sic) de lesividad: la parte apelante señaló que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en su modalidad de lesividad no puede utilizarse para atacar actos administrativos que fueron expedidos conforme a derecho, como ocurrió en el *sub lite*, en el cual el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, expidió las resoluciones acusadas con fundamento en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, en el artículo 6º del Decreto 1359 de 1993 y en la sentencia T-456 del 31 de octubre de 1994.

Sea lo primero señalar que la administración cuenta con la posibilidad de demandar sus propios actos administrativos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuando considere que estos son ilegales o vulneran el ordenamiento jurídico.

En materia de nulidad y restablecimiento del derecho se ha dicho¹³ que la entidad puede optar por el mecanismo de la revocatoria directa o demandar el propio acto conforme al artículo 138 CPACA, al referirse el legislador en los términos de «toda persona», pero que indefectiblemente tendrá que hacerlo cuando no le sea posible utilizar dicha revocatoria por parte de la entidad que expidió el acto respectivo, por ejemplo, cuando no logra obtener el consentimiento de quien le beneficia el acto administrativo particular y concreto.

En esa medida lo que buscaba la administración con el medio de nulidad y restablecimiento en su modalidad de lesividad, era debatir la legalidad de sus propias decisiones, para poner fin a una situación que consideraba irregular y en consecuencia, hacer cesar sus efectos.

Ahora bien, la decisión de si el acto administrativo contraviene o no la Constitución y la Ley, es precisamente el objeto del presente medio de control,

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta. Sentencia del 16 de octubre de 2014. Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00039-02.

el cual le corresponde al juez administrativo, quien puede avalar el mismo o declarar su nulidad, por lo que es necesario entonces que se surta el proceso para que sea posible determinar la legalidad o no del acto cuestionado.

En conclusión: no prospera la excepción invocada en tanto el medio de nulidad y restablecimiento en su modalidad de lesividad, se instauró para que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sea quien defina la ilegalidad o no de los actos respecto de los cuales la administración pretende su anulación, por lo que es menester que dentro del proceso se realice el análisis jurídico respectivo.

b) Caducidad: en primer término es importante precisar, que la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la lesividad no tiene una naturaleza autónoma, lo que implica que para ejercerla se debe acudir a los medios de control de simple nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho¹⁴.

Cuando se ejerce la primera, esto es, cuando no se solicita el restablecimiento del derecho no es factible computar el término de caducidad. Por el contrario, cuando este sí se solicita el medio impetrado es el de nulidad y restablecimiento del derecho, luego, el término de caducidad que se aplicaba era el contenido en el artículo 136 del CCA¹⁵, el cual preveía 2 años contados a partir del día siguiente de su expedición.

Ahora bien, se resalta que la anterior normativa fue derogada por la Ley 1437 de 2011 que en su artículo 164 señaló los términos de caducidad en las diferentes pretensiones que conoce esta jurisdicción. En efecto, el numeral 1 literal c señala que se puede demandar en cualquier tiempo cuando se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 22 de abril de 2015. Radicación número: 66001-23-31-000-2011-00429-01(2627-13).

¹⁵ Todo lo anterior tiene su fundamento en la teoría de los móviles y finalidades que de tiempo atrás fue expuesta por el Consejo de Estado, y la cual permite diferenciar en qué casos la entidad ejerció una u otra acción de las mencionadas. Al respecto ha dicho la Corporación: «[...] Respecto de la procedencia de la acción de nulidad contra actos particulares y concretos la sentencia de agosto 10 de 1961, con ponencia de CARLOS GUSTAVO ARRIETA ALANDETE, estableció que solamente se podría demandar este tipo de actos mediante la acción de nulidad si: “... los únicos motivos determinantes... son los de tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta contenida en esos estatutos superiores, y que sus finalidades son las de someter la administración pública al imperio del derecho objetivo.”; y la consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto particular y concreto no conlleva un restablecimiento automático del derecho subjetivo [...]».

Esta posición ha sido reiterada en múltiples fallos de esta Corporación, entre los que se encuentran los siguientes: (i) Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 29 octubre de 1996; (ii) Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 4 marzo de 2003; (iii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 30 de agosto de 2007, Radicación Número: 13001-23-31-000-2004-01160-01.

Para el efecto, la parte recurrente señala que deben declararse caducadas todas las pretensiones que no se refieren a prestaciones periódicas, por lo que respecto de éstas, se configuró la caducidad. En tal virtud procederá la subsección al estudio de aquellas:

En cuanto a la Resolución 0347 del 11 de abril de 1994, la cual fue notificada en la citada fecha, mediante la cual FONPRECON afilió a la señora Olivia Ramírez de Arias a dicha entidad (folios 152 a 153), se advierte que con este acto administrativo no se reconoció ninguna prestación periódica, pues la pensión de jubilación ya había sido otorgada desde el año 1971 por la Caja Nacional de Previsión Social a través de la Resolución 1071 del 10 de marzo de esa anualidad (folios 99 a 106) y fue sustituida a la cónyuge supérstite y al hijo, por medio de Resolución 1364 del 26 de abril de 1976.

Así las cosas, se configuró la caducidad del medio de control con respecto a este acto administrativo, porque se expidió el 11 de abril de 1994 (folios 99 a 106) y la demanda se presentó el 17 de julio de 2014, lo que implica que se superó el término de 4 meses de que trata el literal d, numeral 2 del artículo 164 del CPACA¹⁶.

Frente a este punto es importante señalar que este acto simplemente se limitó a ordenar la afiliación de la señora Ramírez de Arias por cuanto el Decreto 1359 de 1993 prevé que la entidad pensional del Congreso asume en su totalidad los pensionados congresistas que estén a cargo de las diferentes entidades de previsión del orden nacional. En efecto, en este caso particular se observa que la Resolución 0347 del 11 de abril de 1994, ordenó la afiliación a la entidad pensional del Congreso de la demandada con la finalidad de decretar y ordenar el pago del reajuste especial según lo indicado en el artículo 17 de la norma en cita, es decir, no se observa que FONPRECON reconozca o niegue la prestación, sólo la asumió como entidad pagadora de la misma, para lo cual previamente debía efectuar la mencionada afiliación.

Por otro lado, en lo atiente a las Resoluciones 0348 del 11 de abril de 1994; 1679 del 30 de diciembre de 1994 y 00420 del 2 de abril de 1996, visibles de folios 155 a 158, 161 a 166 y 179 a 182, respectivamente, mediante las cuales el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, ordenó el reajuste de la pensión de la señora Olivia Ramírez de Arias en un 75% del ingreso mensual promedio que devengaba un congresista para el año 1994 y posteriormente para el año 1992, se advierte que el contenido de los actos administrativos está referido al reajuste una prestación periódica.

En efecto, se trata de una pensión de jubilación, cuya caducidad en los términos del numeral 1 literal c del artículo 164 del CPACA, no podía ser

¹⁶ La Sección ya cuenta con antecedentes sobre este tópico al resolver un caso similar al aquí estudiado. Ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección A. Sentencia del 21 de julio de 2016. Radicación: 250002325000200608380 03 (1216-2012) y sentencia del 4 de septiembre de 2017. Radicación: 250002325000200700720 01 (2237-2012).

computada razón por la cual, la administración podía solicitar su nulidad en cualquier momento. Igual suerte corre la Resolución 0067 del 14 de febrero de 2013 por medio de la cual aclaró la calidad de sustituto pensional del señor Juan Guillermo Arias Ramírez como «hijo invalido» del causante Jesús María Arias Aristizábal (folios 245 a 249), pues aquella también trata de la sustitución de la pensión de jubilación a favor del demandado.

Se observa que si bien el reajuste se reconoce por una sola vez, lo cual en principio daría a tender que se trata de una prestación unitaria, y que en consecuencia el término de caducidad era de 4 meses, lo cierto es que con la expedición de dichos actos se afectó una prestación periódica en la medida en que aquel reajuste especial influye en la mesada pensional desde el 1.º de enero de 1994, en consecuencia, no está sometido a ningún término de caducidad.

Finalmente, en lo correspondiente a la Resolución 1772 del 30 de diciembre de 1996 que reconoció intereses de mora no habrá pronunciamiento, toda vez que el *a quo* la declaró probada, en acatamiento al postulado de la *no reformatio in pejus*, esto es, a la prohibición de reformar en desmejora la providencia cuando se trate de apelante único.

En conclusión: se declarará la caducidad respecto de la Resolución 0347 del 11 de abril de 1994, no así en relación con las Resoluciones 0348 del 11 de abril de 1994; 1679 del 30 de diciembre de 1994, 00420 del 2 de abril de 1996 y 0067 del 14 de febrero de 2013.

c) No se conformó el litis consorcio necesario: el demandado sostuvo que FONPRECON debió demandar solo el reintegro de la parte que esa entidad le pagó y no solicitar la devolución de la totalidad de los pagos realizados a su favor. Pues si pretendía hacerlo, debió integrar debidamente el litis consorcio necesario, puesto que en la demanda señaló que la pensión de jubilación la pagaba conjuntamente con la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL.

En primer lugar, debe decirse que existen dos clases de litis consorcio: (i) el necesario y; (ii) el facultativo. El primero se da cuando existe pluralidad de sujetos que actúan en calidad de demandante (litisconsorcio por activa) o demandado (litisconsorcio por pasiva) que están vinculados por una relación jurídico sustancial, lo que implica que, por mandato legal, sea indispensable y obligatoria, la presencia dentro del litigio de todos y cada uno de ellos¹⁷.

En otras palabras, el litisconsorcio necesario se configura cuando el proceso versa sobre relaciones jurídicas que no es posible resolver sin la

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00036-01(AC).

comparecencia de las personas que puedan afectarse o beneficiarse con la decisión o que hubieren intervenido en la formación de dichos actos¹⁸.

No conformar esta clase de litisconsorcio, impide que el proceso se desarrolle y en consecuencia es factible emitir una sentencia inhibitoria, puesto que cualquier decisión que se tome puede perjudicar o beneficiar a todos los sujetos sin la presencia de los mismos.

En el litisconsorcio facultativo por su parte, al proceso concurren varios sujetos libremente, ya sea como demandantes o demandados, no por una relación jurídica inescindible, sino porque deciden presentar el proceso en conjunto pese a que podían iniciarlo por separado. Aquí, el proceso puede seguir su curso normal y decidirse de fondo con presencia o no de los litisconsortes facultativos porque la sentencia no los perjudica ni los beneficia.

Dicho esto, la Sala declarará impróspera la excepción propuesta por el señor Juan Guillermo referente a la no conformación del litisconsorcio necesario, por cuanto en este caso es factible resolver la situación jurídica planteada, esto es, legalidad del reajuste especial reconocido por FONPRECON, sin la presencia de las demás entidades que concurren al pago de la mesada pensional.

d) Inepta demanda. A juicio del recurrente se configuró porque en la demanda: (i) no se explicó en qué consiste la vulneración del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992; (ii) no se indicó quién es la parte demandada y; (iii) no existe coherencia entre los hechos y las pretensiones porque en alguna de estas últimas se solicitan declaraciones que no están contenidas en ninguno de los actos administrativos demandados.

Revisada la demanda se tiene que Fonprecon manifestó en el acápite de normas violadas y concepto de la violación que el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 distinguió entre la liquidación de la pensión de jubilación y el reajuste de la misma, para significar que la entidad no podía equiparar dichas situaciones. Se observa que también citó jurisprudencia al respecto (folios 269 a 274). En ese sentido la Sala encuentra que sí se explicó en debida forma el concepto de violación.

En cuanto a que no se señaló quién es la parte demandada dentro del proceso, debe decirse que ostenta tal calidad la persona que eventualmente pueda afectarse de forma directa con la declaración de nulidad de los actos administrativos particulares y concretos demandados. En este caso, el titular del derecho es el señor Juan Guillermo Arias Ramírez representado por su curadora Gloria Arias Ramírez, quien fue citado e intervino en todas las etapas procesales. Luego, debe decirse, sí se individualizó la parte demandada.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 06 de marzo de 2014. Radicación: 13001-23-33-000-2013-00068-01(4201-13).

Respecto a la supuesta incoherencia entre los hechos y las pretensiones, esta Corporación advierte que las mismas se refieren al restablecimiento del derecho que busca la entidad, luego es lógico que no se encuentran dentro de los actos administrativos demandados pues dependen de la nulidad que eventualmente se declare respecto de éstos.

En conclusión: en el libelo introductor sí se expusieron las razones de vulneración del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, además se identificó a la parte demandada y no existe incoherencia entre los supuestos fácticos y las pretensiones. Por tanto no prospera la excepción.

Los demás argumentos de la apelación tocan el fondo de la controversia, por lo que la subsección pasará a realizar el respectivo análisis.

Problema jurídico

En ese orden, el problema jurídico a resolver en esta instancia se resume en la siguiente pregunta:

1. ¿La pensión de jubilación del señor Jesús María Arias Aristizábal, en su calidad de ex congresista, debía ser objeto del reajuste especial previsto en la Ley 4ª de 1992, en un 75% del ingreso mensual promedio devengado por un congresista según el artículo 17 del Decreto 1359 de 1993, modificado por el artículo 7 del Decreto 1293 de 1994?

Al respecto, la Sala sostendrá la siguiente tesis: el causante como excongresista pensionado con anterioridad al 18 de mayo de 1992, fecha en que entró en vigencia la Ley 4ª de 1992, tenía derecho a un reajuste especial por una sola vez, a partir del 1.º de enero de 1994, pero equivalente al 50% del promedio de las pensiones a que tuvieron derecho los congresistas para ese momento, como se explica a continuación:

El reajuste especial pensional para congresistas: Decreto 1359 de 1993

El artículo 150 de la Constitución Política de Colombia otorgó en sus literales e) y f) competencia a la Rama Legislativa para dictar normas generales y señalar en estas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para la fijación de los regímenes salariales y prestacionales de los empleados públicos, entre ellos los miembros del Congreso de la República.

Para ese efecto, se expidió la Ley 4ª de 1992 «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.»

Dicha Ley previó en su artículo 17 que el Gobierno Nacional debía fijar el régimen pensional para los miembros del Congreso de la República, en los siguientes términos:

«**Artículo 17.-** El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores.

Aquellas y estas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el congresista, y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal.

Parágrafo. La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los representantes y senadores en la fecha en que se decreta la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva.» (El texto subrayado fue declarado inexecutable por la sentencia C-258 de 2013).

Posteriormente, el Presidente de la República profirió el Decreto Reglamentario 1359 de 1993 «por el cual se establece un régimen especial de pensiones, así como de reajustes y sustituciones de las mismas, aplicable a los Senadores y Representantes a la Cámara», que en su artículo 1.º previó lo siguiente:

«**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 fuera del texto original).

De acuerdo con lo anterior, el régimen pensional especial creado para los congresistas únicamente aplicaba para quienes a la fecha en que entró a regir la Ley 4ª de 1992, esto es el 18 de mayo de 1992, tuviesen la calidad de Representante a la Cámara o Senador de la República, lo cual se reitera en el artículo 4 del citado decreto así:

«**Artículo 4º Requisitos para acceder a este régimen pensional.** Para que un Congresista pueda acceder a la aplicación de este régimen especial, deberá cumplir en debida forma con los siguientes requisitos:

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

b) Haber tomado posesión de su cargo.

Parágrafo. De igual manera accederán a este régimen pensional los Congresistas que al momento de su elección estuvieren disfrutando de su pensión vitalicia de jubilación decretada por cualquier entidad del orden nacional o territorial y que cumplieren las condiciones y requisitos

establecidos en el artículo 1°, inciso 2° de la Ley 19 de 1987.» (Subrayado de la Sala)

Por su parte, los artículos 5 y 6 del Decreto 1359 de 1993 señalan que acreditados los requisitos para ser beneficiario de la pensión de jubilación, esta debía reconocerse en cuantía no inferior al 75% del ingreso mensual promedio que devengaban los congresistas en ejercicio. A su vez, el artículo 16 determinó que las pensiones de los congresistas se reajustarían anualmente en forma inmediata en igual porcentaje en que se reajustara el salario mínimo legal mensual vigente.

Ahora, en lo relacionado con los ex congresistas pensionados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992, el artículo 17 del Decreto 1359 indicó que estos «[...] 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. [...]»

No obstante lo anterior, dicha norma fue modificada por el artículo 7 del Decreto 1293 de 1994, «por el cual se establece el régimen de transición de los senadores, representantes, empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión Social del Congreso y se dictan normas sobre prestaciones sociales y económicas de tales servidores públicos», en el siguiente sentido:

«**Artículo 7º.** El artículo 17 del decreto 1359 de 1993 quedará así:

"Reajuste Especial. Los senadores y representantes que se hayan pensionado con anterioridad a la vigencia de la ley 4º 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 1.994. El Gobierno Nacional incluirá las respectivas partidas en el proyecto de ley anual de Presupuesto correspondiente a la vigencia de 1994".»

En ese orden de ideas, se advierte que aquellos excongresistas que se pensionaron con anterioridad al 18 de mayo de 1992, fecha en que entró a regir la Ley 4ª de 1992, tenían derecho a un reajuste especial en su mesada pensional equivalente al 50% del promedio de las pensiones a que tenían derecho los congresistas en dicho momento.

Por otra parte, para quienes ostentaran la calidad de congresistas al 18 de mayo de 1992, cuando entró a regir la Ley 4ª de 1992, su pensión debía liquidarse con un porcentaje no inferior al 75% del ingreso mensual promedio de lo devengado por un congresista en ejercicio a la fecha de otorgamiento de la prestación.

De acuerdo con lo anterior, esta Corporación ha sostenido frente al reajuste especial que la norma reguló dos situaciones distintas: i) para quienes fueron congresistas y se pensionaron con anterioridad al 18 de mayo de 1992, y; ii) para quienes se pensionaron a partir de la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992, y por consiguiente, no es posible predicar la existencia de una vulneración al derecho a la igualdad. Por lo tanto, la Sala resalta:

- La primera situación es aplicable para aquellas personas que se pensionaron como congresistas antes de la entrada en vigencia de la Ley 4ª *ejusdem*, es decir, **antes** del 18 de mayo de 1992, quienes tenían derecho al reconocimiento y pago de un reajuste especial de su pensión, en un monto del 50% del promedio de las pensiones de quienes fungían activamente como congresistas en ese momento.
- La segunda situación corresponde a la determinación del monto pensional del 75% para todos aquellos congresistas que se pensionaran **a partir** del 18 de mayo de 1992 y que no hubiesen consolidado su derecho pensional.

Para el efecto, esta Subsección en sentencia del 6 de mayo de 2015¹⁹ sostuvo que:

«[...]

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.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda – Subsección A. 6 de mayo del 2015. Radicación: 25000-23-25-000-2000-01200-01 (0526-2008). Demandante: Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (FONPRECON), Demandado: Carlos Alberto Pinedo Cuello.

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 [...]».

Posición que ha sido reiterada recientemente por la Sección Segunda del Consejo de Estado en providencias del 11 de julio y 2 de octubre de 2019²⁰, en las cuales se indicó lo siguiente:

«[...]»

36. Visto lo anterior, no hay duda de que la sección segunda de esta Corporación ha sostenido que no es posible equiparar el monto del reajuste especial de la pensión de los ex Congresistas, causada con anterioridad a la vigencia de la Ley 4ª de 1992, con el monto de la prestación pensional de los parlamentarios que adquirieron su derecho pensional a partir de la vigencia de referida normativa.

37. En conclusión, el Decreto 1359 de 1993 en su artículo 17, modificado por el artículo 7º del Decreto 1293 de 1994, reguló el reajuste de la mesada pensional de los ex Congresistas que se hubiesen pensionado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 (18 de mayo de 1992) ordenando que dicho incremento debía realizarse:

- i) Por una sola vez;
- ii) En un porcentaje equivalente al 50% del promedio de las pensiones a que tendrían derecho los actuales congresistas;
- iii) 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) y; El reajuste tiene efectos fiscales a partir del 1º de enero de 1994. [...]»

El causante no tenía derecho al reajuste especial del 75%

De conformidad con la relación normativa y jurisprudencial que antecede, en el caso del fallecido señor Arias Aristizábal se advierte lo siguiente:

- El señor Jesús María Arias Aristizábal se desempeñó como parlamentario en los siguientes periodos, conforme a certificaciones expedidas por la Sección de Archivo y Correspondencia, División Administrativa, Contraloría General de la República, por el secretario general de la Cámara de

²⁰ Sentencias del 11 de julio de 2019: i) 25000-23-25-000-2008-00228-01 (3580-2017), demandante: Fonprecon, demandado: Cristobal Enrique Solano Galarcio; ii) 25000-23-25-000-2008-00209-01 (3391-2016), demandante: Fonprecon, demandado Alma Cristina Carrascal de Salgado y Rosa Paulina Salgado González. Sentencias del 2 de octubre de 2019: i) 25000-23-25-000-2006-08483-01 (1231-2009), demandante: Fonprecon, demandado María Rosa González Segreña; ii) 25000-23-25-000-2008-90398-01 (1026-2014), demandante: Fonprecon, demandado: Gilberto Zapata Isaza.

Representantes y por el jefe de archivo del Congreso de la República (folios 48, 54 a 56 y 74 a 75):

- i) senador entre el 8 de agosto al 27 de septiembre de 1943 y entre 1966 a 1970;
 - ii) representante a la Cámara: del 20 de julio al 31 de diciembre de 1945, del 1.º de enero de 1947 hasta el 31 de diciembre de 1950, entre el 1.º de enero al 19 de julio de 1951, del 20 de julio hasta el 16 de diciembre de 1953, del 20 de julio al 16 de diciembre de 1954, entre 1960 a 1964.
- La extinta Caja Nacional de Previsión Social reconoció pensión de jubilación mediante Resolución 1071 del 10 de marzo de 1971 al señor Arias Aristizábal por haber laborado más de 20 años al Estado, efectiva a partir del 20 de julio de 1970 (folios 99 a 106).
 - Posteriormente, la extinta Cajanal expidió la Resolución 1364 del 26 de abril de 1976 a través de la cual sustituyó la pensión a la señora Olivia Ramírez de Arias y a su hijo menor Juan Guillermo Arias Ramírez, con ocasión del fallecimiento del causante, señor Jesús María Arias Aristizábal el 7 de agosto de 1975 (folios 127 a 130). Dicha prestación fue reajustada por medio de Resolución 14123 de 1987 (folios 140 a 142).
 - A su turno, FONPRECON mediante Resolución 0347 del 11 de abril de 1994 ordenó la afiliación a dicha entidad de la señora Olivia Ramírez de Arias (folios 152 a 153).
 - Asimismo, el Fondo de Previsión Social del Congreso por medio de la Resolución 0348 del 11 de abril de 1994, visible de folios 155 a 158, reconoció el reajuste especial del 50% de la mesada que tendrían derecho los actuales congresistas.
 - Posteriormente, dicha entidad profirió la Resolución 1679 del 30 de diciembre de 1994 mediante la cual revocó el anterior acto administrativo y reconoció reajuste especial equivalente al 75% del ingreso mensual promedio que devengaba en dicho momento un congresista, a partir del 1.º de enero de 1994 (folios 161 a 166).
 - A través de Resolución 00420 del 2 de abril de 1996, visible de folios 179 a 181 ordenó que el reajuste especial debía efectuarse a partir del 1.º de enero de 1992 y no desde el 1.º de enero de 1994, según lo señalado en la sentencia T-463 de 1995 de la Corte Constitucional.
 - Por último, Fonprecon ordenó el reconocimiento de intereses de mora a favor de la señora Olivia Ramírez de Arias mediante la Resolución 1772 del 30 de diciembre de 1996, obrante de folios 196 a 199, por considerar que no se liquidó y pagó oportunamente el reajuste especial de la pensión de jubilación respecto del año 1992.
 - De otra parte, tras el fallecimiento de la señora Olivia Ramírez de Arias (26 de enero de 2013, según registro civil de defunción visible a folio 238),

FONPRECON aclaró la calidad de sustituto pensional del señor Juan Guillermo Arias Ramírez como «hijo invalido» del causante Jesús María Arias Aristizábal, de acuerdo con la Resolución 0067 del 14 de febrero de 2013, documento obrante a folios 245 a 249.

En ese orden de ideas y en resumen de la relación probatoria expuesta, demostrado que el señor Jesús María Arias Aristizábal fue representante a la Cámara y senador de la República en los periodos 1943, 1945, 1947, 1950-1954, 1960-1964, 1966-1970, y que adquirió su derecho pensional a partir del 20 de julio de 1970, existe claridad suficiente respecto a que su vinculación como congresista fue previa a la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992, esto es, el 18 de mayo de 1992.

De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que el reajuste especial al que tenía derecho el causante en su condición de excongresista era el consagrado en el artículo 17 del Decreto 1359 de 1993, razón por la cual debía reconocerse por una sola vez en porcentaje equivalente al 50% del promedio de las pensiones a que tenían derecho los congresistas para ese momento y con efectos fiscales a partir del 1.º de enero de 1994.

En virtud de ello, para la subsección los actos demandados que ordenaron el reajuste especial equivalente al 75%, sus efectos a partir del 1.º de enero de 1992, desconocieron el contenido del artículo 17 del Decreto 1359 de 1993 es decir, se expidieron con infracción de las normas en que debieron fundarse, así como la interpretación jurisprudencial de esta Corporación sobre el particular, lo que desvirtuó su presunción de legalidad, motivo por el cual debe confirmarse la sentencia de primera instancia proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

De otra parte, para la Corporación los demás argumentos del recurso de apelación no tienen vocación de prosperidad, por cuanto se reitera que el artículo 17 del Decreto 1359 de 1993, modificado por el artículo 7 del Decreto 1293 de 1994, regula dos situaciones jurídicas diferentes que no conllevan una vulneración al derecho a la igualdad entre aquellos excongresistas pensionados con anterioridad al 18 de mayo de 1994 y los que causaron su derecho pensional con posterioridad a dicha fecha.

Sobre este punto particular, la Sección Segunda de esta Corporación en providencia del 17 de octubre de 2019²¹ sostuvo que:

«[...] el legislador de acuerdo a su potestad configurativa determinó dos situaciones diferentes en el régimen especial de congresistas que no generan desconocimiento del derecho de igualdad, conforme lo ha precisado la Corte Constitucional, al sostener:

²¹ Sección Segunda, Subsección B. Radicación 25000234200020140382601 (0562-2017). Demandante: Fonprecon. Demandado: Luis Hernando Yepes Giraldo y otro.

“El artículo 13 de la Constitución reconoce el principio de igualdad en dos dimensiones: igualdad formal e igualdad material. La primera, legado del Estado liberal clásico, se caracteriza por la exigencia de igualdad de trato por las leyes y las regulaciones a partir de la premisa de que todos los individuos son libres e iguales. Por tanto, la igualdad formal demanda del Estado una actividad imparcial y proscribire cualquier diferenciación injustificada, originada por ejemplo en razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, entre otros criterios. A la luz de esta faceta de la igualdad, un tratamiento diferenciado será posible solamente cuando se observen los siguientes parámetros: **“primero, que los hechos sean distintos; segundo, que la decisión de tratarlos de manera diferente esté fundada en un fin aceptado constitucionalmente; y tercero, que la consecución de dicho fin por los medios propuestos sea posible y además adecuada”**. La igualdad material, de otro lado, parte del reconocimiento de la existencia de desigualdades en la sociedad, fruto no solamente de la naturaleza, sino también de los arreglos económicos, sociales, culturales y políticos, las cuales constituyen un obstáculo para gozar, desde una perspectiva material, de los derechos constitucionales. En este orden de ideas, el principio de igualdad desde la perspectiva material exige al Estado adoptar medidas para contrarrestar tales desigualdades y ofrecer a todas las personas oportunidades para ejercer sus libertades, desarrollar sus talentos y superar los apremios materiales. Como se indicó en la Sentencia T-426 de 1992, esta dimensión del principio de igualdad puede desarrollarse mediante acciones afirmativas –tratos diferenciados favorables- a favor de los grupos históricamente discriminados o en situación de desventaja debido a factores culturales, sociales y/o económicos, entre otros”²². [...]» (Negrilla es del texto original).

En el mismo sentido, se resalta que los efectos de las sentencias T-456 de 1994 y T-463 de 1995 proferidas por la Corte Constitucional en sede de revisión únicamente produjeron efectos *inter partes*, es decir que solo benefició a las personas que allí actuaron y, por consiguiente, no son de obligatorio acatamiento en los términos del numeral 2 del artículo 48 de la Ley 270 de 1996 según el cual «[...] Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces [...]».

Por otra parte, respecto al razonamiento expuesto por la parte apelante sobre el desconocimiento de sus derechos adquiridos, este tampoco es compartido por la Sala por cuanto, en virtud del contenido del artículo 58 constitucional, los derechos adquiridos responden a aquellas situaciones jurídicas y subjetivas que se crearon bajo el imperio de una ley y con respeto de los postulados de la misma, que no pueden ser omitidos o vulnerados por la expedición de leyes posteriores. Sobre este tema, la Corte Constitucional en sentencia C-314 de 2004 indicó:

«[...]»

conformidad con la jurisprudencia constitucional, los derechos adquiridos son aquellos que han ingresado definitivamente en el patrimonio de la persona.
Así, el derecho se ha adquirido cuando las hipótesis descritas en la ley

²² Sentencia C-258 de 2013.

se cumplen en cabeza de quien reclama el derecho, es decir, cuando las premisas legales se configuran plenamente. De acuerdo con esta noción, las situaciones jurídicas no consolidadas, es decir, aquellas en que los supuestos fácticos para la adquisición del derecho no se han realizado, no constituyen derechos adquiridos sino meras expectativas [...]» (Negrilla de la Sala).

Por consiguiente, para que se pueda predicar la existencia de un derecho adquirido deben cumplirse los siguientes supuestos: i) las circunstancias específicas de la situación deben guardar identidad con los postulados legales que crean el derecho y; ii) se requiere que el mismo haya ingresado al patrimonio de quien es su titular.

En ese sentido, el reajuste especial deprecado no estaba regulado con anterioridad a los Decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994, por lo que no había ingresado al patrimonio del causante cuando este causó su derecho a la pensión, y en todo caso, es claro que los actos administrativos que concedieron el derecho en su favor están viciados por ilegalidad en la medida que fueron proferidos con desconocimiento del artículo 17 del Decreto 1359 *ejusdem*, y que fuera modificado por el artículo 7 de la norma de 1994 citada.

En esta línea no prospera la petición del apelante en el sentido de que se aplique la excepción de inconstitucionalidad del artículo 7 del Decreto 1293 de 1994, porque en su sentir transgrede el Acto Legislativo 1 de 2005 al reducir la mesada pensional al 50%, lo que en su sentir, quebranta la protección expresa al valor de las mesadas pensionales reconocidas conforme a derecho; porque el reajuste especial, tal como en este asunto fue concedido en un porcentaje del 75%, evidentemente no lo fue conforme a derecho, lo que dice expresamente de su ilegalidad.

Lo anterior, por cuanto transgrede el ordenamiento jurídico y en especial el régimen de congresistas, cuando legítimamente ha debido ser en el 50% desde 1994 y sin lugar a la generación de intereses moratorios desde 1992, tal como quedó explicado, de conformidad con la reiterada y decantada jurisprudencia de la Corporación sobre esta materia y que se reitera en la presente providencia.

Aunado, nótese que en sentencia del 29 de septiembre de 2011²³, la Sección Segunda en pleno decidió negar las pretensiones de nulidad del artículo 7 del Decreto 1293 de 1994 y el aparte «al 50%» del artículo 17 del Decreto 1359 de 1993 al sostener que en relación con la potestad reglamentaria sobre el régimen salarial y prestacional de los congresistas existe una competencia compartida entre los órganos Legislativo y Ejecutivo, donde el primero señala los objetivos y criterios a través de las Leyes Marco a los cuales debe sujetarse el segundo, quien tiene como función fijar el citado régimen, razón por la cual, las Leyes Marco fijan las pautas generales y sirven de límites para la labor encomendada al Gobierno.

²³ Consejo de Estado, Sección Segunda. Radicación 11001032500020070002300 (0332-07). Demandante: Oscar José Dueñas Ruíz y otros contra el Gobierno Nacional

En ese sentido, la sentencia en comento precisó respecto al reajuste especial que:

«[...]

al analizar el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, la sentencia de 4 de agosto de 2010 destacó que el Legislador restringió la potestad del Gobierno Nacional frente al porcentaje en que debían otorgarse las pensiones y sustituciones de Congresistas, al indicar que no podían ser reconocidas en un porcentaje inferior al setenta y cinco por ciento (75%) y como tal limitante no fue impuesta frente al régimen de reajustes, concluyó que era válido afirmar que en este campo el Gobierno era el encargado de fijarlo, tal como aconteció a través del artículo 17 del Decreto N° 1359 de 1993, modificado por el artículo 7º del Decreto N° 1293 de 1994 y en esa medida, el porcentaje del reajuste fijado en un cincuenta por ciento (50%) del promedio de las pensiones de los Congresistas amparados por la Ley 4ª de 1992, para el año 1994, resultaba razonable para los fines buscados por la norma (nivelar la pensión de los ex Congresistas a la de los Congresistas amparados por la Ley 4ª de 1992) y no vulneraba el derecho a la igualdad de los ex Congresistas frente a los Congresistas.

La providencia en comento señaló que los estudios realizados sobre el reajuste pensional especial que partieron de los artículos 5º, 6º y 7º del Decreto N° 1359 de 1993 y que llevaron a concluir que correspondía al setenta y cinco por ciento (75%) de lo devengado por un Congresista al 1994, no se ajustan a la configuración normativa planteada por el Ejecutivo en el Decreto citado, porque, según la distribución en capítulos efectuada, se concluía que, en términos generales dicha normatividad regula el régimen pensional de los Congresistas vinculados con posterioridad a la Ley 4ª de 1992 y que, de forma excepcional y en un capítulo aparte, se refirió a la situación pensional de los Congresistas pensionados antes de la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 y es precisamente la relativa al reajuste especial del artículo 7º ibídem.

Se concluyó que, para efectos del reajuste especial de ex Congresistas, debía atenderse a lo dispuesto por el artículo 17 del Decreto N° 1359 de 1993, modificado por el 7º del Decreto N° 1293 de 1994; esto es, que el reajuste pensional a que tienen derecho por una sola vez los ex Congresistas, corresponde al cincuenta por ciento (50%) del promedio de las pensiones devengadas por los Congresistas para el año 1994.

En esa medida y tomando en cuenta que esta Sala definió que el reajuste especial para los Congresistas pensionados antes de la vigencia de la Ley 4ª de 1992 corresponde al cincuenta por ciento (50%) referido, cabe concluir que las normas demandadas, que en tal sentido dispusieron, no infringieron los preceptos constitucionales y legales citados en las demandas. [...]»

Bajo esta misma línea argumentativa, no puede prosperar la solicitud que se formuló en el recurso de alzada de dar aplicación a la sentencia C-258 de 2013 que resolvió la demanda de inexecutable promovida contra el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, según la cual todos los excongresistas pensionados antes del 1.º de abril de 1994, que cumplieran con uno de los requisitos del régimen de transición, tienen derecho a que su pensión sea equivalente a 25 salarios mínimos legales vigentes, tope señalado por la Corte Constitucional.

Sobre este particular se debe precisar que el tope de 25 salarios mínimos es un límite máximo para las mesadas pensionales y no mínimo, como se sugiere, motivo por el cual el hecho de que al reliquidar su pensión con aplicación del reajuste especial en 50%, eventualmente arroje un resultado inferior a dicho tope no impone la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

En ese orden de ideas, para la Sala las razones expuestas por la parte demandada en su recurso de apelación no tienen la fuerza suficiente para enervar la decisión de primera instancia, razón que impone confirmar la providencia del 11 de febrero de 2016 en cuanto declaró la nulidad de los actos administrativos demandados.

En conclusión: El señor Jesús María Arias Aristizábal en su calidad de excongresista pensionado con anterioridad al 18 de mayo de 1992, fecha en que entró en vigencia la Ley 4ª de 1992, únicamente tenía derecho a un reajuste especial por una sola vez, a partir del 1.º de enero de 1994, equivalente al 50% del promedio de las pensiones a que tuvieron derecho los congresistas para ese momento.

Decisión de segunda instancia

Según se ha expuesto, se impone adicionar el artículo primero de la sentencia del 11 de febrero de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, para declarar probada la excepción de caducidad respecto de la Resolución 0347 del 11 de abril de 1994. Se confirmará en lo demás la sentencia recurrida.

De la condena en costas

La subsección resalta que el presente asunto se promovió en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en la modalidad de «lesividad» con el fin de obtener la nulidad de los actos administrativos a través de los cuales se efectuó la reliquidación pensional del demandado.

En ese sentido conforme al artículo 188 del CPACA²⁴, no es viable la condena en costas, toda vez que en este tipo de eventos en que se ventilan intereses públicos, como lo es el patrimonio estatal, no es posible afirmar que el titular de la prestación sea la parte vencida en el litigio, cuando resulte afectado con la decisión, por lo que no hay lugar a condenar en costas en el presente asunto.

²⁴ «**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.».

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

FALLA

Primero: Adicionar el artículo primero de la sentencia del 11 de febrero de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, el cual quedará así:

«Declarar probada de oficio la excepción de caducidad de respecto de las Resoluciones 0347 del 11 de abril de 1994 mediante la cual se ordenó la afiliación a FONPRECON a la señora Olivia Ramírez de Arias y 1772 del 30 de diciembre de 1996, a través de la cual se reconocieron intereses moratorios por el no pago oportuno del reajuste pensional.»

Segundo: Confirmar en lo demás la providencia dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en la modalidad de lesividad, interpuso el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República y como vinculado el señor Juan Guillermo Arias Ramírez representado por su curadora Gloria Arias Ramírez.

Tercero: Sin condena en costas de segunda instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Subsección en la sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ