

PENSION DE JUBILACION DE REGIMEN ESPECIAL - Negada porque el excongresista no se encontraba en servicio activo para la época que exige la ley / CONGRESISTAS - Régimen pensional especial / REGIMEN DE TRANSICION - Inaplicabilidad de norma que extendió el régimen pensional de los congresistas a quienes la ley no amparaba

La situación se contrae a determinar si al actor, en condición de excongresista, le es aplicable el régimen especial consagrado para los congresistas, atendiendo para ello lo previsto en el parágrafo del artículo 2° del decreto 1293 de 1994. Advierte la Sala que el Decreto 1293 de 1994 considera que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 es aplicable también a quienes se hubieran desempeñado como senadores o representantes, lo que está precaviendo es que quienes tuvieran regímenes pensionales especiales se mantendrían en ellos; necesario resulta si, advertir que esos regímenes pensionales debían ser de aquellos que ofrecían mejores condiciones que las previstas por el régimen general. Ahora, ser beneficiario del régimen de transición no implica, por si solo, las consecuencias que el demandante pretende, es decir, que su pensión se liquide atendiendo las previsiones del artículo 17 de la ley 4ª de 1992 y el decreto 1359 de 1993. Para ello es necesario determinar si, en efecto, reunía las condiciones para beneficiarse de ese régimen especial. De interpretación sistemática del régimen especial previsto para los congresistas y el régimen de transición surgen las siguientes conclusiones: La norma que determinó el régimen de transición para los congresistas no podía pretender la protección de expectativas frente a este régimen para quienes no hubieran ostentado tal calidad entre el 19 de diciembre de 1992 y el 1° de abril de 1994, o no fueran reincorporados como congresistas en períodos posteriores. Quien había sido congresista antes del 19 de diciembre de 1992 y no fuera elegido posteriormente, no tenía ninguna expectativa por consolidar, es decir, no podía adquirir derecho pensional conforme al régimen especial por cuanto no reunía uno de sus requisitos, así, estar en servicio activo. Resultaba pues que, aún estando en el régimen de transición, nunca alcanzaría la condición necesaria para adquirir el derecho a la pensión especial prevista para los congresistas. DE LA INAPLICACIÓN DEL PARÁGRAFO DEL ARTICULO 2° DEL DECRETO 1293 DE 1994: Cuando el reglamentador expide el régimen de transición, invocando las facultades del artículo 17 de la ley 4ª de 1992, y en el parágrafo del artículo 2° hace extensivo el régimen especial frente a quienes no estaban en la expectativa de cumplir las condiciones previstas en el establecido en el decreto 1359 de 1993, creó un régimen excepcionalísimo o especialísimo a favor de un grupo de personas que no eran congresistas, es decir, rebasó los marcos de la ley 4ª de 1992. En consecuencia, por las razones expuestas anteriormente, resulta inaplicable el parágrafo del artículo 2° del decreto 1293 de 1994, pues no solo es imposible su concreción, sino que, de una parte, resulta contrario a las previsiones del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y excede los lineamientos del artículo 17 de la ley 4ª de 1992 y, de otra, la Constitución Política por desbordamiento de la ley marco y vulneración del derecho a la igualdad. EL CASO CONCRETO: En estas condiciones, si el demandante se desempeñó como congresista durante 3 meses y 6 días en los años 1986 a 1990, es decir, antes del 19 de diciembre de 1992 y con posterioridad no se desempeñó en tal condición, mal puede pretender ser beneficiario del régimen especial previsto para los congresistas.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"

Consejero ponente: ALBERTO ARANGO MANTILLA

Bogotá D.C., mayo tres (3) de dos mil dos (2002).

Radicación número: 25000-23-25-000-1996-6171-01(1276-01)

Actor: OSCAR EMILIO VINASCO VINASCO

Demandado: FONDO DE PREVISION SOCIAL DEL CONGRESO

Conoce la Sala el recurso de apelación interpuesto por Oscar Emilio Vinasco Vinasco contra la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2000 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestión, en el proceso iniciado contra el Fondo de Previsión Social del Congreso.

#### ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el Señor Oscar Emilio Vinasco Vinasco, pidió al tribunal declarar nulas las resoluciones No. 1448 de 4 de diciembre de 1996 proferida por el Director General del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República y No. 189 de 9 de abril de 1997 mediante la cual el mismo funcionario resolvió el recurso de reposición interpuesto confirmando la decisión.

Como consecuencia, a título de restablecimiento del derecho solicitó que se ordenara a la entidad demandada reconocer y pagar pensión de jubilación a partir del 26 de febrero de 1996 aplicando para ello la ley 100 de 1993 y el decreto 1293 de 1994; que a la sentencia se dé cumplimiento en los términos previstos en el artículo 176 del C.C.A. y la condena sea indexada.

Relata el demandante que demostrando servicios prestados a diferentes entidades oficiales y privadas por 21 años, 9 meses y 7 días solicitó el reconocimiento pensional dado que cuenta con más de 50 años; que la ley determinó a favor de los excongresistas los mismos beneficios pensionales de los congresistas; que la pensión le fue negada argumentando que no cumplía el requisito de tiempo, aduciendo que el servicio prestado al Servicio de Salud de Caldas no era computable puesto que se había prestado con posterioridad a la época en que ostentó la calidad de congresista; que al resolverse el recurso de reposición se reiteraron iguales argumentos y se agregó que al momento de la petición se encontraba afiliado a un régimen diferente.

#### LA SENTENCIA

El Tribunal negó las pretensiones de la demanda.

Expresó que el demandante laboró para el Congreso de la República durante los siguientes períodos: a) Del 3 al 20 de octubre de 1986; b) Del 16 de diciembre de 1987 al 19 de julio de 1987; y c) Del 20 de julio de 1989 al 19 de julio de 1990; y que de estos períodos, según su asistencia, acumuló 3 meses y 6 días.

Que el decreto 1359 de 1993 prevé el régimen de pensiones y reajustes para la aplicación de la ley 4ª de 1992 aplicable a quienes ostentaran la condición de congresistas; y el régimen de transición derivado de la ley 100 de 1993 fue regulado en el decreto 1293 de 1994 y concluyó:

"...Para la Sala no cabe duda que el campo de aplicación sustentado en antelación y proveniente del decreto 1359/93 y ordenado por el decreto 1293/94 correspondería en primera parte aplicarlo al reclamante en razón al cumplimiento de los requisitos como el de haber sido senador de la República; el tener 40 años o mas (sic); y haber cotizado o prestado servicios durante 15 años o mas: ello está demostrado en el proceso. Sin embargo el parágrafo del art., 2º lo excluye

tajantemente del derecho a su pensión de jubilación reclamada a la Dirección General del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República por cuanto que el señor OSCAR EMILO VINASCO VINASCO ostentaba para el 1º de abril de 1994 un régimen distinto de seguridad social como era el del Instituto de Seguros Sociales..."

Dijo que a la fecha de vigencia de la ley 4ª de 1992 el demandante no era congresista y por ello no se encontraba afiliado al Fondo demandado, sino que laboraba para la Universidad de Caldas efectuando aportes al Seguro Social.

#### LA APELACION

Al recurrir la sentencia el demandante afirma que comparte la sentencia en tanto admite que le es aplicable el régimen de transición previsto en los artículos 1º y 2º del decreto 1293 de 1994, situación que también fue resuelta por el Consejo de Estado en la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto No. 1313 de 18 de enero de 2001.

Que la apelación se contrae a lo expuesto por el juzgador de instancia en tanto acude al párrafo del artículo 2º para negar las pretensiones de la demanda pues, afirma, no ostentaba un régimen pensional diferente y, aún en tal caso, tendría derecho a la pensión que reclama.

Dice que de conformidad con la ley 100 de 1993 existen dos regímenes pensionales, el de prima media y el de ahorro individual; que el ISS administra el régimen de prima media con prestación definida al igual que el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, sin perjuicio de que se trate de un régimen especial de pensiones; que la salvedad que previó el aparte final del párrafo del 2º del decreto 1293 de 1994 debe entenderse frente a quienes se encontraban en el régimen de ahorro individual; que para efectos pensionales debe tenerse en cuenta el tiempo cotizado al ISS.

Se decide, previas estas

#### CONSIDERACIONES

Se trata en este caso de establecer la legalidad de las resoluciones No. 1448 de 4 de diciembre de 1996 proferida por el Director General del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República y No. 189 de 9 de abril de 1997 mediante la cual el mismo funcionario resolvió el recurso de reposición interpuesto, confirmando la decisión.

La situación se contrae a determinar si al actor, en condición de excongresista, le es aplicable el régimen especial consagrado para los congresistas, atendiendo para ello lo previsto en el párrafo del artículo 2º del decreto 1293 de 1994.

#### DEL REGIMEN ESPECIAL DE LOS CONGRESISTAS:

El Gobierno Nacional, expidió el decreto 1359 de 1993, mediante el cual estableció un régimen especial de pensiones, aplicable a los miembros del congreso. Su ámbito cubre "a quienes a partir de la vigencia de la ley 4ª de 1992 tuvieran la calidad de senador o representante a la cámara." (art. 1º). De otra parte, el artículo 7º del citado decreto señala que cuando "quienes en su condición de senadores o representantes a la cámara, lleguen o hayan llegado a la edad que dispone el artículo 1º del párrafo de la ley 33 de 1985...", tendrán derecho a una pensión vitalicia de jubilación que no podrá ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio, que durante el último año y por todo concepto devenguen los congresistas en ejercicio.

El Consejo de Estado, en su Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del Consejero Doctor Flavio Augusto Rodríguez Arce, en concepto de octubre 20 de 1999, Radicación No. 1210, precisó lo siguiente en relación con el régimen especial de los congresistas:

"...1. De conformidad con el artículo 150 numeral 19 literal f) de la Constitución Política corresponde al Congreso dictar las normas generales y señalar los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para efectos de fijar el régimen salarial y prestacional de los miembros del Congreso Nacional.

1. En desarrollo de ésta atribución, se dictó la ley 4ª. de 1992, la que en su artículo 17 facultó al gobierno nacional para establecer el régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas de los representantes y senadores.
2. Este artículo **se remite expresamente a los representantes y senadores en ejercicio**, quienes tienen derecho a pensionarse con un porcentaje no inferior a 75% del ingreso mensual promedio que **durante el último año y por todo concepto perciba el congresista**.

La liquidación de las pensiones, sus reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los congresistas que estén en el ejercicio del cargo, a la fecha en que se decreta la jubilación.

4. En la sentencia C-608 de 1999 la Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad del precepto en cita, expresamente se refiere al reconocimiento de esas pensiones a los congresistas en ejercicio y en punto al reconocimiento de gastos de representación, de salud y de algunas primas los justifica por resultar necesarios "en razón de las especialísimas funciones de los congresistas, su diversa procedencia territorial, la necesidad de sesionar ordinariamente en la capital de la república (art. 140 C.P.) y la dedicación exclusiva a sus funciones por preterita exigencia del artículo 180.1 de la Constitución". (Se destaca)

1. El decreto 1359 de 1993, dictado en ejercicio de las facultades contenidas en el artículo 17 mencionado, estableció un régimen especial de pensiones, su reajuste y sustituciones aplicable a los senadores y representantes a la Cámara.

Su ámbito de aplicación se contrae a quienes a partir de la vigencia de la ley 4ª. de 1992 "tuvieren la calidad de Senador o Representante a la Cámara", esto es que estuviera en ejercicio del cargo.

Conforme al artículo 3º., al Fondo Pensional del Congreso le corresponde otorgar a los congresistas que cumplan con los requisitos para acceder al régimen especial, las pensiones vitalicia de jubilación y de invalidez.

El acceso de un congresista a la aplicación del régimen especial está sujeto a los siguientes requisitos:

- a. Estar afiliado a la entidad pensional del Congreso y estar efectuando cumplidamente las cotizaciones y aportes.
- b. Haber tomado posesión de su cargo.

El párrafo del artículo 4º, reitera la exigencia de ejercicio del cargo, al disponer que podrán acceder a tal régimen pensional aquellos congresistas que " al momento de su elección estuvieren disfrutando de su pensión vitalicia de jubilación", siempre que cumplan las

condiciones del artículo 1°. de la ley 19 de 1987. Este artículo contempla que los congresistas pensionados reincorporados al servicio que "para tomar posesión de sus cargos, hayan de renunciar temporalmente a recibir la pensión de jubilación reconocida con anterioridad, la podrán seguir percibiendo del Fondo de Previsión Social del Congreso con derecho al respectivo reajuste, una vez suspendan o cesen en el ejercicio de sus funciones" , siempre que el lapso de vinculación al Congreso no sea inferior a un año.

Por su parte el artículo 7° del Decreto 1359 define los requisitos de quienes en su condición de senadores o representantes tienen derecho a la pensión vitalicia de jubilación. Según el artículo 8°, en armonía con el párrafo del artículo 4°, los congresistas pensionados y vueltos a elegir, que renuncien a la pensión de jubilación ya reconocida, al terminar su gestión como congresistas podrán seguir percibiendo la pensión del Fondo mencionado de conformidad con lo dispuesto en el mismo decreto, siempre que hubieren adquirido el derecho según el artículo 1° de la ley 19 de 1987...." (Subrayado fuera del texto)

En efecto la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del artículo 17 de la ley 4ª de 1992, hizo en la sentencia C-608 de 1999 precisiones del siguiente tenor que, sin duda, indican que el régimen especial que se estableciera para los congresistas estaba atado a su condición de actividad. Se pueden rescatar los siguientes apartes para reafirmar la anterior conclusión:

"...Es decir, para el Constituyente no resulta indebido que se establezca para los miembros de la Rama Legislativa, habida cuenta de su función, un régimen diferente del general, aplicable a los demás servidores públicos.

La Corte reitera que, mientras no consagre disposiciones desproporcionadas o contrarias a la razón, el legislador puede prever regímenes especiales en materia de salarios y prestaciones. El que aquí se contempla encuentra justificación en la función atribuida a los miembros del Congreso, en su obligatoria dedicación exclusiva y en la alta responsabilidad que les corresponde, así como en el estricto régimen de incompatibilidades previsto en la Constitución.

Por eso, y muy particularmente si se tiene en cuenta la función de representación política que se les ha asignado, al establecer un régimen especial de pensiones la normatividad objetada no ha contemplado un privilegio indebido o una preferencia injustificada en cabeza de los miembros del Congreso.

(...)

Sin embargo, éstos deben tener carácter remunerativo de las actividades que realizan los congresistas en el ejercicio de su función de representación política. Esta comprende diversas acciones de intermediación política, de deliberación y de participación en la articulación de intereses sociales, que implican, por ejemplo, contacto personal con ciudadanos. Además, el derecho a la seguridad social, al ser individual, requiere que la apreciación de la pensión, el reajuste o la sustitución pensional sea efectuada de manera igualmente individual, atendiendo al ingreso de cada Congresista a lo largo del período determinado por el legislador.

(...)

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

(...)

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

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

Tal "asignación", (...) alude a un nivel de ingreso señalado al Congresista en razón de su papel y sus funciones, cuyas partidas en concreto dependen de la definición que haga el Gobierno en desarrollo de la Ley Marco.

(...)

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

(...)

su carácter especial, resultan adecuadas a las condiciones dentro de las cuales se ejerce la actividad legislativa, debe precisarse que una cosa es el último año de ingresos como punto de referencia para la liquidación de las cuantías de pensiones, reajustes y sustituciones -lo que se aviene a la Carta- y otra muy distinta entender que el concepto de ingreso mensual promedio pueda referirse a la totalidad de los rubros que, de manera general y abstracta, han cobijado a todos los miembros del Congreso.

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

Como queda expuesto, el régimen especial de los congresistas exigía para su aplicación la condición de servicio activo.

Varios aspectos se derivan de lo anterior:

- a. El régimen especial es aplicable a quienes con posterioridad al 19 de diciembre de 1992

ostenten la calidad de congresistas.

- b. El régimen especial de los congresistas se aplicaba a quienes ostentaban tal condición o fueran elegidos como tal luego del 19 de diciembre de 1992 (fecha de vigencia de la ley 4ª).

#### DEL REGIMEN DE TRANSICIÓN:

Al revisar los supuestos del régimen de transición establecido en la ley 100 de 1993, en sentencia C-168 de 1995 precisó la Corte Constitucional las diferencias entre el derecho adquirido y la expectativa siendo esta última la que resulta protegida por el legislador mediante este sistema. Cabe resaltar los siguientes apartes:

"...Como se puede apreciar, la jurisprudencia al igual que la doctrina, distingue los derechos adquiridos de las simples expectativas, y coinciden ambas en afirmar que los primeros son intangibles y por tanto, el legislador al expedir la ley nueva no los puede lesionar o desconocer. No sucede lo mismo con las denominadas "expectativas", pues como su nombre lo indica, son apenas aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho; en consecuencia, pueden ser modificadas discrecionalmente por el legislador.

(...)

Pero quien aún no ha completado el tiempo de servicio o llegado a la edad prevista en la norma legal, no tiene un derecho sino que se halla apenas ante una simple expectativa de alcanzarlo en el momento de reunir la condición faltante.

En conclusión: el derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege; no ocurre lo mismo con la expectativa que, en general, carece de relevancia jurídica y, en consecuencia, puede ser modificada o extinguida por el legislador. Y es en esta última categoría donde debe ubicarse la llamada 'condición más beneficiosa'.

(...)

mientras no se realicen íntegramente los presupuestos, condiciones o requisitos que la misma norma contempla para adquirir el derecho, mal puede hablarse de "derecho adquirido"; lo que existe es una simple esperanza de alcanzar ese derecho algún día, es decir, una "expectativa", y como se ha reiterado, la Constitución no las protege. Sin embargo, considera la Corte que las 'expectativas' pueden y deben ser objeto de valoración por parte del legislador quien en su sabiduría, y bajo los parámetros de una anhelada justicia social, debe darles el tratamiento que considere acorde con los fines eminentemente proteccionistas de las normas laborales.

Ahora bien: para garantizar los derechos adquiridos no es necesario que el legislador utilice ese término exacto; bien puede incluir otros, como lo hace en el precepto parcialmente acusado, al enunciar: derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos, que para el caso tienen igual significación. El término "establecidos" conforme a disposiciones anteriores, que contiene la norma demandada, no tiene connotación distinta a la de asegurar que los derechos que se invoquen como adquiridos deben encontrarse consagrados en la ley.

(...)

Adviértase, cómo el legislador con estas disposiciones legales va más allá de la protección de los

derechos adquiridos, para **salvaguardar las expectativas de quienes están próximos por edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas a adquirir el derecho a la pensión de vejez**, lo que corresponde a una plausible política social que, en lugar de violar la Constitución, se adecua al artículo 25 que ordena dar especial protección al trabajo..."

Así entonces:

1. El régimen de transición no determina un régimen en especial, se limita a proteger expectativas pensionales de quienes reúnan una o las condiciones allí señaladas de manera que continúen rigiéndose por el régimen pensional anterior que legalmente los cobija siempre que fuera más favorable.
2. El establecimiento de un régimen de transición, en términos pensionales, tiene como finalidad proteger las expectativas de ciertos servidores que, por sus condiciones particulares, están en la posibilidad de acceder a un régimen anterior más favorable que el previsto por la nueva ley.
3. El régimen de transición solo puede proteger expectativas frente a quienes están en condiciones para acceder, a futuro, a las previsiones del régimen anterior.

#### DEL REGIMEN DE TRANSICIÓN PARA LOS CONGRESISTAS:

El decreto 691 de 1994, reglamentario de la ley 100 de 1993, incorporó a los servidores públicos del Congreso de la República al sistema general de pensiones; a su vez el decreto 1293 de 1994, invocando el artículo 17 de la ley 4ª de 1992, "establece el régimen de transición de los senadores, representantes, empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión Social del Congreso". Previó su artículo 1º:

"Campo de aplicación: El Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, se aplica a los Senadores, Representantes y empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión Social del Congreso con excepción de los cubiertos por el régimen de transición previsto en este Decreto."

La ley 100 de 1993 previó en su artículo 36 el régimen de transición y en concordancia con esa norma, el artículo 2º del decreto 1293 de 1994 dispuso:

"Régimen de transición de los senadores, representantes, empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión Social del Congreso. Los senadores, representantes, empleados del Congreso de la República y 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.

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

El parágrafo transcrito regula dos situaciones:

1. Prevé como aplicable el régimen de transición previsto en la ley 100 de 1993 para quienes se hubieran desempeñado como senadores o representantes antes del 1º de abril de 1994, aunque no ostenten tal calidad posteriormente.



2. Determina que si al 1° de abril de 1994 quienes se hubieran desempeñado como senadores o representantes tenían un régimen pensional diferente, seguirían rigiéndose por él.

Lo primero que dirá la Sala es que el entendimiento del aparte resaltado en la norma antes transcrita no puede admitirse referido a los regímenes pensionales creados en la ley 100 de 1993, es decir, prima media y ahorro individual porque, precisamente, ellos surgen a partir del 1° de abril de 1994, para el orden nacional, lo que implica que ningún papel pueden jugar, antes de esta fecha, para definir derechos de quienes pudieran verse afectados por el régimen de transición, como lo interpreta el demandante. Hasta esa fecha la legislación solo contemplaba un régimen de pensión de jubilación que se sustentaba, en términos generales, en el cumplimiento de dos requisitos: edad y tiempo de servicios o semanas cotizadas, sin perjuicio de que se contemplaran diferencias en cuanto a su acreditación, es decir, regímenes especiales de pensión.

Así entonces, cuando el decreto considera que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 es aplicable también a quienes se hubieran desempeñado como senadores o representantes, lo que está precaviendo es que quienes tuvieran regímenes pensionales especiales se mantendrían en ellos; necesario resulta si, advertir que esos regímenes pensionales debían ser de aquellos que ofrecían mejores condiciones que las previstas por el régimen general.

Ahora, ser beneficiario del régimen de transición no implica, por si solo, las consecuencias que el demandante pretende, es decir, que su pensión se liquide atendiendo las previsiones del artículo 17 de la ley 4ª de 1992 y el decreto 1359 de 1993. Para ello es necesario determinar si, en efecto, reunía las condiciones para beneficiarse de ese régimen especial.

De interpretación sistemática del régimen especial previsto para los congresistas y el régimen de transición surgen las siguientes conclusiones:

- a. La norma que determinó el régimen de transición para los congresistas no podía pretender la protección de expectativas frente a este régimen para quienes no hubieran ostentado tal calidad entre el 19 de diciembre de 1992 y el 1° de abril de 1994, o no fueran reincorporados como congresistas en períodos posteriores.
- b. Quien había sido congresista antes del 19 de diciembre de 1992 y no fuera elegido posteriormente, no tenía ninguna expectativa por consolidar, es decir, no podía adquirir derecho pensional conforme al régimen especial por cuanto no reunía uno de sus requisitos, así, estar en servicio activo. Resultaba pues que, aún estando en el régimen de transición, nunca alcanzaría la condición necesaria para adquirir el derecho a la pensión especial prevista para los congresistas.

DE LA INAPLICACIÓN DEL PARÁGRAFO DEL ARTICULO 2° DEL DECRETO 1293 DE 1994:

De la sentencia de la Corte Constitucional, C-608/99, se pueden extraer también los alcances de los decretos que reglamentan las leyes marco. Se dijo allí, entre otros:

1. En la ley marco el Congreso señala al Gobierno las pautas generales dentro de las cuales éste último debe desarrollar en concreto su facultad reglamentaria ejecutando esos principios en una forma dinámica y de fácil modificación.
2. El Congreso consagra los preceptos generales y el Presidente expide los denominados decretos ejecutivos, destinados a reglamentar, en forma por demás amplia, los asuntos a que se refiere la ley.

3. Los decretos reglamentarios de ley marco tienen por límite el texto de la correspondiente ley general, que fija pautas y criterios al Ejecutivo, y no pueden modificarla ni cambiar las reglas que establece.
4. En la ley marco el Congreso agota su actividad al fijar las pautas y directrices en cuya virtud se oriente la tarea estatal de regulación en los asuntos previstos por la norma, y deja paso a la gestión administrativa del Gobierno delimitada por los criterios consagrados en las disposiciones básicas dictadas por el legislador.
5. La función ejecutiva establece la situación en concreto teniendo a la vez por fundamento y por límite la ley marco, las reglas específicas en cuya virtud se realizan los objetivos y propósitos del legislador, lo que ha sido confiado al Presidente de la República.

Y concluyó:

"...De allí que resulten inconstitucionales por igual las leyes marco que se apartan de su característica y necesaria amplitud para ingresar en el terreno de lo específico, desplazando al Ejecutivo, **como los decretos expedidos con invocación de una ley de dicha naturaleza pero que, en vez de desarrollarla y cumplirla, la modifican, sustituyen o derogan...**" (Resaltado fuera de texto)

Cabe recordar entonces el texto del artículo 17 de la ley marco (4ª de 1992) que el ejecutivo dijo reglamentar mediante el decreto 1293 de 1994 y más exactamente en relación con el párrafo del artículo 2º. Dispuso la norma marco:

"Artículo 17. El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores. Aquéllas y éstas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el Congresista. 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 decrete la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva".

Como se explicó anteriormente el régimen de transición no es un régimen pensional, sino que tiende a proteger expectativas pensionales que a futuro se enmarquen en un régimen pensional vigente al momento de expedición de la nueva ley. El decreto 1293 de 1994, no estableció un régimen especial de pensiones, estas facultades las ejerció el gobierno mediante el decreto 1359 de 1993.

Cuando el reglamentador expide el régimen de transición, invocando las facultades del artículo 17 de la ley 4ª de 1992, y en el párrafo del artículo 2º hace extensivo el régimen especial frente a quienes no estaban en la expectativa de cumplir las condiciones previstas en el establecido en el decreto 1359 de 1993, creó un régimen excepcionalísimo o especialísimo a favor de un grupo de personas que no eran congresistas, es decir, rebasó los marcos de la ley 4ª de 1992.

En efecto, extendió a excongresistas que no se reincorporaron al Congreso en condición de senadores o representantes, el régimen especial de los congresistas, cuando la ley marco solo lo facultó para crearlo en relación con estos últimos siempre que ostentaran tal condición con posterioridad al 19 de diciembre de 1992, fecha de vigencia de la ley 4ª de 1992.

Así entonces, no solo rebasó la ley marco sino también las previsiones del régimen legal de

transición previsto en la ley 100 de 1993. Los parámetros de esta transitoriedad no podían desbordar los límites previstos en la ley de seguridad social a la que, como se dijo, quedaron sujetos, entre otros, los senadores y representantes.

Forzoso resulta concluir que el régimen de transición no podía proteger expectativas de quienes no se encontraban en servicio activo y, como se dijo en el párrafo del artículo 2º del decreto 1293 de 1994, no fueran elegidos para legislaturas posteriores.

El régimen de transición era aplicable para el excongresista cuando, estando fuera del Congreso se posesionaba nuevamente como congresista con posterioridad al 19 de diciembre de 1992 y, además, al 1º de abril de 1994 se encontraba en una de las condiciones previstas por el régimen de transición. Solo en tales condiciones podía preservar su expectativa de acceder a un régimen diferente del previsto en la ley 100 de 1993. A partir del 1º de abril de 1994 a los servidores públicos del Congreso, incluidos los Congresistas, se aplica el decreto 691 de 1994 expedido en desarrollo de la ley 100 de 1993.

En consecuencia, por las razones expuestas anteriormente, resulta inaplicable el párrafo del artículo 2º del decreto 1293 de 1994, pues no solo es imposible su concreción, sino que, de una parte, resulta contrario a las previsiones del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y excede los lineamientos del artículo 17 de la ley 4ª de 1992 y, de otra, la Constitución Política por desbordamiento de la ley marco y vulneración del derecho a la igualdad.

El régimen de transición no podía exceder las condiciones del régimen especial para favorecer con él a quienes no estaban dentro de los presupuestos del mismo. Ello implicó una ruptura del principio constitucional de la igualdad, al establecer un trato igual para los excongresistas que estaban en situación diferente a la de quienes ostentaran la condición de congresistas, pues no podía perderse de vista que el régimen especial se justificaba en razón a los deberes constitucionales que a estos se imponían.

#### EL CASO CONCRETO:

En estas condiciones, si el demandante se desempeñó como congresista durante 3 meses y 6 días en los años 1986 a 1990, es decir, antes del 19 de diciembre de 1992 y con posterioridad no se desempeñó en tal condición, mal puede pretender ser beneficiario del régimen especial previsto para los congresistas.

Pero aún más, no puede pretender el reconocimiento de una pensión con fundamento en el ingreso abstracto promedio de los congresistas; tal como se expuso la pensión se liquida atendiendo el promedio individual del congresista, percibido en el último año de servicios y, en el caso del demandante, este promedio no existe dado que en el último año de servicios que aporta para solicitar pensión de jubilación no se desempeñó como congresista.

En consecuencia, se inaplicará por ilegalidad e inconstitucionalidad lo previsto en el párrafo del artículo 2º del decreto 1293 de 1994 y por esta razón, no por las expuestas en el fallo apelado, se confirmará la sentencia que negó las pretensiones de la demanda.

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

F A L L A :

1º) Inaplíquese, para el caso concreto, por ilegalidad e inconstitucionalidad el párrafo del artículo 2º del decreto 1293 de 1994.

2º) Confírmase la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2000 la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sala de Descongestión dentro del proceso iniciado por el señor OSCAR EMILIO VINASCO VINASCO contra el Fondo de Previsión Social del Congreso.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Publíquese. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

ALBERTO ARANGO MANTILLA      ANA MARGARITA OLAYA FORERO

**NICOLAS PAJARO PEÑARANDA**

**MYRIAM VIRACACHA SANDOVAL**

Secretaria Ad-hoc



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

