

TIEMPO DE SERVICIO – Prueba mediante testimonio sólo es admisible en caso de falta absoluta de pruebas preestablecidas y escritas.

La norma transcrita, artículos 7 y 8 de la Ley 50 de 1886, señala claramente que si no se logra la prueba documental directa el interesado debe acudir a documentos que puedan reemplazarlos o hacer creíble su existencia; así, por ejemplo, la existencia de nóminas, desprendibles de pago, documentos que hayan decidido situaciones administrativas, entre otros. En este caso no se aportó prueba escrita alguna de los servicios que, presuntamente, se prestaron en el período mencionado. Como puede verse, en ninguna de las comunicaciones se afirma categóricamente que los archivos de la Intendencia del Meta desaparecieron, simplemente que no hay evidencia de que MOISÉS IVAN GÓMEZ AFANADOR hubiera laborado allí. Dicha afirmación no resulta eficaz para comprobar que los archivos donde debían reposar las pruebas desaparecieron, pues, se repite, los oficios mencionados dan prueba de la inexistencia de pruebas que acrediten la prestación de los servicios del actor en el período señalado, no de los archivos, por el contrario, según el Técnico Administrativo del Centro de Documentación Departamental en dicha dependencia reposan archivos de los años 1951, 1952 y 1953. Por ello no puede decirse que las pruebas no pudieron aportarse por desaparecimiento de los archivos, pero aún en tal evento la ley exige al interesado acudir a otros documentos que puedan reemplazar los perdidos como por ejemplo los desprendibles de pago de salarios, o cualquier otro documento que sirva de indicio para deducir el hecho cuya demostración se pretende. En estas condiciones, considera la Sala que, en este caso, no es admisible la prueba testimonial para probar el tiempo de servicios que el demandante alega haber prestado en la Intendencia del Meta.

FUENTE FORMAL: LEY 50 DE 1886 - ARTICULO 7 / LEY 50 DE 1886 - ARTICULO 8

TIEMPO DE SERVICIO – Equivalencia por publicación de texto de enseñanza. No requiere que su producción sea simultánea con el ejercicio del cargo / TEXTO DE ENSEÑANZA - No requiere que su producción sea simultánea con el ejercicio del cargo para su equivalencia por tiempo de servicio

El Tribunal desestimó el tiempo que pretende hacer valer el actor con la publicación de dos textos de su autoría, con el argumento de que fueron producidos y adoptados como textos de enseñanza en centros educativos con posterioridad a la desvinculación del servicio del demandante, razonamiento que no resulta acertado por cuanto la norma que regula tal situación, artículo 13 de la Ley 50 de 1886, no exige que la producción del texto sea simultánea con el ejercicio del cargo público.

FUENTE FORMAL: LEY 50 DE 1886- ARTICULO 13

TIEMPO DE SERVICIOS DE DIPUTADOS – Regulación legal. Conteo

Al tenor del artículo 9º de la Ley 48 de 1962, para reconocer a los diputados doce meses de servicios por cada anualidad deben haber asistido a todas las sesiones ordinarias y extraordinarias, si sólo concurrieron a algunas de ellas el tiempo servido para los efectos indicados debe ser reconocido en forma proporcional

FUENTE FORMAL: LEY 48 DE 1962 - ARTICULO 9 / LEY 48 DE 1962 - ARTICULO 7

PENSION DE JUBILACION – No cumplimiento de tiempo de servicio / PENSION DE VEJEZ – Reconocimiento sin existir petición en sede administrativa o judicial. Principio de igualdad. Principio de la prevalencia de lo sustancial sobre el procedimental

En el caso concreto, no existe duda alguna de que el demandante no reunió los requisitos para acceder a la pensión plena de jubilación, pues no completó los 20 años de servicio, pero no pueden desconocerse, se repite, los 19 años y 4 meses de labores que desempeñó en distintas entidades oficiales, incluida la Cámara de Representantes, lo que hoy en día le daría vocación a la indemnización sustitutiva. Empero, como el demandante se encontraba en el régimen de transición, deberán aplicarse las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, si entrar a divagar en el tema de empleados nacionales y territoriales, en razón al principio de igualdad establecido en el artículo 13 de la Carta Política y a las orientaciones del Decreto 1919 de 2002. Por ello, aunque la pensión de retiro por vejez no fue solicitada en vía gubernativa ni en sede judicial, resulta forzoso acudir nuevamente a las directrices trazadas por la Corte Constitucional, en desarrollo del artículo 228 de la Carta y proceder a reconocer el derecho pensional del demandante.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 228

PENSION DE VEJEZ - No vinculación al servicio al momento de cumplir la edad. Derechos de las personas de la tercera edad. Principio de favorabilidad. Principio de igualdad

Es cierto que para el momento en que el actor hizo la petición no contaba aún con 65 años de edad -sólo tenía 63- y que tampoco se encontraba laboralmente vinculado al momento en que los cumplió -16 de octubre de 2001- sin embargo, considera la Sala que tal circunstancia no puede ser óbice para reconocer la pensión de vejez, pues las normas que consagran tal derecho y que deben articularse con las normas supralegales que protegen los derechos de las personas de la tercera edad, ordenan aplicar los principios de favorabilidad en materia laboral e irrenunciabilidad de las prestaciones sociales, que tienen fuerza vinculante, y criterios auxiliares como la equidad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 13

NOTA DE RELATORIA: Sobre reconocimiento de la pensión de vejez a quien no se encontraba vinculado al momento de cumplir la edad. Consejo de Estado, sentencia de 20 de octubre de 2006; Rad: 4109-04,MP: JAIME MORENO GARCIA

SUCESION PROCESAL - No otorga titularidad sobre la pensión de jubilación

De conformidad con lo establecido en el artículo 60, inciso 1º del C. de P.C., fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos, o el correspondiente curador. A su turno, según lo dispuesto en el artículo 62 ibídem, los sucesores tomarán el proceso en el estado en que se halle al momento de su

intervención. En el presente proceso el señor Moisés Iván Gómez Afanador falleció el 28 de octubre de 2005. Al proceso acudieron en calidad de sucesores procesales los hijos del causante, de sus dos uniones maritales con las señoras Dora Liévano y Edelvina Guerrero Mantilla, quienes se tendrán como tales, advirtiéndoles que tal condición no otorga titularidad alguna sobre los valores que resulten a favor del señor Gómez Afanador y que deban ingresar a su sucesión. La sustitución pensional la deberá otorgar la entidad accionada a quienes demuestren su derecho como beneficiarios.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 60 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 62

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, primero (1º) de marzo de dos mil doce (2012)

Radicación número: 25000-23-25-000-2002-13488-01(7318-05)

Actor: MOISES GOMEZ AFANADOR

Demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 20 de enero de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso promovido por el señor Moisés Iván Gómez Afanador contra el Departamento de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

Por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., el señor Moisés Iván Gómez Afanador solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de la Resolución 2377 del 20 de octubre de 2000, proferida por el Director del departamento Administrativo del

Talento Humano y la Subdirectora de Pensiones y cesantías de la misma dependencia, y la anulación de la Resolución 1052 del 5 de septiembre de 2002, expedida por la Directora de Pensiones Públicas de la Unidad Administrativa Especial de Pensiones de la Gobernación de Cundinamarca.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó la concesión de la pensión de jubilación de conformidad con lo previsto en el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el reconocimiento de las mesadas atrasadas y la indexación, desde el momento en que adquirió el derecho; pidió el pago de perjuicios morales ocasionados, en cuantía de quinientos (500) salarios mínimos legales vigentes; que se de cumplimiento a lo establecido en los artículos 177 a 179 del C.C.A; solicitó la determinación de la responsabilidad del Departamento de Cundinamarca y solidariamente de Rodrigo A. Bustos Basbi, Rosa Irene Peña García y Diana M. Ojeda Visbal, funcionarios que produjeron los actos acusados, y del Gobernador del Departamento, quienes por acción y omisión causaron daño antijurídico derivado de la negativa a reconocer la pensión de jubilación.

Como fundamento de las pretensiones, el demandante expuso los siguientes hechos:

1. El 8 de noviembre de 1999, solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación a que tiene derecho como servidor público en entidades nacionales y departamentales.

2. Para acreditar el tiempo de servicio, el 12 de junio de 1996 anexó las certificaciones originales de la siguiente manera:

En la Registraduría Nacional, 575 días, así:

- Portero, del 14 de noviembre de 1949 al 17 de agosto de 1949 (4 días) y del 21 de noviembre de 1949 al 22 de noviembre del mismo año (32 días).
- Auxiliar, desde el 13 de febrero de 1950 hasta el 20 de abril de 1951 (432 días).
- Registrador, desde el 25 de abril de 1951 hasta el 9 de agosto de 1951 (107 días).

En la Intendencia del Meta, en el cargo de Secretario Corregimiento de Cumaral, desde el 2 de enero de 1952 hasta el 31 de agosto de 1952, 242 días.

En el departamento de Cundinamarca, 717 días, así:

- Maestro de jornada diurna, del 17 de abril de 1955 al 20 de junio de 1956 (438 días).
- Maestro jornada nocturna, del 13 de mayo de 1955 al 15 de febrero de 1956, (279 días)

En el Municipio de Vianí (Cundinamarca), en el cargo de Personero, del 17 de septiembre de 1956 al 16 de septiembre de 1957, 365 días.

Como Diputado de la Asamblea Departamental de Cundinamarca, en los años de 1958 y 1959, 730 días.

En la Contraloría, como Jefe de Estadística y Archivo, del 17 de agosto de 1961 al 1 de marzo de 1962, 196 días.

Diputado de Asamblea Departamental, de 1962 a 1965, 1.460 días.

Representante a la Cámara, de 1966 a 1968, 730 días.

Director de acción Comunal (Departamento de Cundinamarca), del 16 de noviembre de 1974 al 4 de mayo de 1975, 169 días.

Gerente Corporación Social de Cundinamarca, de 15 de mayo de 1975 a 15 de agosto del mismo año, 103 días.

Auditor Fiscal, del 1º de septiembre de 1975 al 30 de junio de 1977 y del 16 de agosto de 1977 al 30 de diciembre del mismo año, 805 días.

En el Municipio de la Palma (Cundinamarca), como Concejal, en 1995, 84 días; 1996, 95 días; 1997, 48 días.

Para un total de 6.319 días, que corresponden a 902 semanas.

3. Como las 902 semanas no eran suficientes, para satisfacer los requerimientos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 que exige haber cotizado un mínimo de 1000 semanas en cualquier tiempo, presentó el libro LA PALMA SIGLO XX, con las correspondientes certificaciones de aceptación como texto de consulta en la cátedra de Historia Contemporánea por la Escuela Normal Superior de la Divina Providencia de La Palma, que abona 2 años, es decir, 104 semanas como tiempo de jubilación, de acuerdo con la Ley 50 de 1886.

4. Mediante la Resolución 2377 del 20 de octubre de 2000, el Director del Departamento Administrativo de Talento Humano de la Gobernación de Cundinamarca negó la pensión de jubilación, desconociendo los documentos aportados y determinando dolosamente tiempos inferiores a los realmente acreditados.

5. Trascurridos más de 10 meses de haber interpuesto los recursos contra la Resolución N° 2377 sin obtener respuesta alguna, en ejercicio del derecho de petición solicitó su resolución, y renunció a los 227 días de servicio en el Concejo Municipal de la Palma, adjuntando el libro "Raza, Luz y Fe", como texto de consulta por la concentración Escolar Jhon F. Kennedy y la Escuela Superior de la Divina Providencia de La Palma, el cual fue ignorado.

6. Al no ser resueltos los recursos interpuestos, ni dar respuesta a la petición, interpuso acción de tutela, proceso que fue tramitado por el Juzgado 14 Laboral del Circuito, que decidió, mediante sentencia de 21 de mayo de 2002, amparar el derecho de petición y ordenó resolver dentro del término de las 48 horas los recursos; ante el incumplimiento del fallo, propuso incidente de desacato.

7. La entidad, mediante resolución N° 1052 del 5 de septiembre de 2002, confirmó la resolución recurrida.

8. Ante la conducta de los funcionarios de la entidad solicitó a la Dirección del Programa Presidencial "lucha contra la corrupción" la investigación de tales conductas, queja que fue remitida a la Procuraduría General de la Nación.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Citó como normas violadas los artículos 23, 29 y 86 de la constitución política; 8, 9, 13 de la Ley 50 de 1886; 4 num. 3 de la Ley 114 de 1913; 7, Parágrafo, del Decreto 1359 de 1993; 45 del Decreto 359 de 1995; 4 del Decreto 691 de 1994; 4 de la Ley 700 de 2001; 36 de la Ley 100 de 1993.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada del trámite de la acción, la autoridad demandada se opuso a las pretensiones del actor y propuso las excepciones de ausencia de ilegalidad de los actos acusados y prescripción de las mesadas.

Argumentó que el demandante incurrió en error en la valoración de los tiempos de servicio por las siguientes razones:

Computó de manera inexacta y excesiva algunos tiempos de servicio, pues a un año de servicio le dio la equivalencia de 365 días, cuando lo correcto son 360 días.

Las declaraciones rendidas por los señores Héctor Alfonso y Aristóbulo Mora, respecto al tiempo de servicio en Cumaral (Meta) no se tuvieron en cuenta, ya que no se aportó el documento idóneo para probar que laboró los 242 días, en el cargo de Secretario del Corregimiento de Cumaral, porque de acuerdo con el artículo 7º de la Ley 50 de 1886 *"no es admisible la prueba testimonial para comprobar hechos que deben constar en documentos o por pruebas preestablecidas por las leyes."*

La Ley 136 de 1994 dispone que el tiempo de servicio como Concejal de un Municipio no puede tenerse en cuenta para el cómputo de días laborados para la pensión de jubilación.

En cuanto a la equivalencia de 2 años de tiempo de servicio por cada libro publicado, dijo que aun teniendo en cuenta los años de servicio por cada libro, en aplicación del artículo 13 de la Ley 50 de 1886, no resultan suficientes para reunir los 7.200 días mínimos que debe acreditar para el reconocimiento de la pensión de jubilación, pues de acuerdo con las constancias de tiempo de servicio allegadas al expediente, sólo completa un total de 4.972 días.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Cundinamarca DENEGÓ las pretensiones de la demanda.

Consideró que no puede analizarse, en principio, si al actor le es aplicable el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en el decreto 1293 de 1994, o si le son aplicables las disposiciones anteriores a la expedición de la citada ley, por las siguientes razones: i) en el presente caso se aplica el principio de inescindibilidad del régimen invocado, con base en el cual no es posible plantear que se apliquen 2 o más regímenes pensionales que regulen temas favorables de diverso origen y categoría; ii) se solicitó la aplicación del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 que plantea un régimen diverso de transición contenido en el artículo 36; iii) el tema de la aplicabilidad del régimen de transición no fue aducido al momento de agotar el recurso propuesto en la vía gubernativa. Se insiste en la aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en armonía con las disposiciones que regulan la temática pensional para congresistas y diputados. En principio, por no existir correspondencia entre lo planteado y recurrido y lo demandado, no es posible un pronunciamiento sobre tales aspectos; iv) el actor pretende la aplicación del régimen especial de los congresistas, que de conformidad con el Decreto 1293 de 1994, expedido con el objeto de reglamentar la Ley 100 de 1993, no contempla la posibilidad de aducir el régimen de transición cuando se ha dejado de ostentar la calidad de congresista antes de completar el tiempo de servicio exigido para tal fin.

Dijo el a quo que si bien el parágrafo del artículo 2º del citado Decreto 1293 de 1994 permite la aplicación del Decreto 1359 de 1993 para aquellas personas que hubiesen sido congresistas con anterioridad de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, debe tenerse en cuenta que el mismo decreto en su artículo 4º estableció que cuando los Congresistas se hayan desvinculado definitivamente del Congreso o del Fondo de Previsión Social del mismo, sin reunir el tiempo de servicios requerido para tener derecho a la pensión de vejez, no pueden acceder a la pensión de congresista, como en el caso del actor que se retiró definitivamente del Congreso y del Fondo de Previsión Social en 1968, cuando aún no había completado el tiempo de servicios requerido para la pensión de vejez y posteriormente no volvió a vincularse, ni se afilió o cotizó al Fondo de Previsión del Congreso.

En cuanto al tiempo que laboró en la Registraduría Nacional, como auxiliar, consideró que la cifra correcta de días laborados es de 448, superior al número contabilizado por el actor y por la entidad; precisó que como Registrador laboró un total de 107 días.

Respecto del periodo laborado en la Intendencia del Meta, dijo el Tribunal que para admitir la prueba testimonial como supletoria de los documentos requeridos para acreditar tiempo de servicio, es necesario que el interesado agote todas las posibilidades para obtener los documentos referidos al servicio prestado; así, el testimonio que se presente debe reunir los requisitos indicados por la Ley 50 de 1886, proporcionando tal convicción de los hechos que no quede duda alguna de lo que se pretende demostrar, por lo tanto estos deben ser claros y precisos respecto de las circunstancias que rodean la prestación del servicio. Que en este caso los declarantes se limitan a precisar el tiempo de ejercicio del cargo aducido por el actor, sin brindar elementos de juicio adicionales, como las funciones que cumplía, el nombramiento, el lugar y forma donde las cumplió, y no se acreditó debidamente la imposibilidad de obtener el archivo sino el no hallazgo de la información en el respectivo archivo en el cual se debería encontrar.

En relación con el tiempo de servicios como docente, adujo que el recurrente prestó sus servicios de manera simultánea durante el ultimo período indicado, es decir en la jornada diurna y nocturna, y pese a que por ambas jornadas laboró las jornadas correspondientes, no por ello se puede computar tiempo doble de servicios, por lo que se contempló por una sola vez como tiempo de servicio el comprendido entre el 17 de abril de 1955 y el 20 de junio de 1956, que representa un total de 429 días.

En cuanto a los libros “La Palma Siglo XX” y “Raza, Luz y fe”, con certificado de inscripción, dijo que de acuerdo con el concepto del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, es requisito *sine quanon* que al momento de la producción del texto, el servidor se encuentre en ejercicio de un cargo público, exigencia que no se acredita en este caso, toda vez que los mismos fueron adoptados como textos de enseñanza por los establecimientos educativos en 1999 y 2001, fechas posteriores a la desvinculación del actor.

Encontró el Tribunal que el actor laboró en la Contraloría de Cundinamarca, como Auditor Fiscal, durante 805 días y no 795 como se indicó en los actos acusados; en la Dirección de la Acción Comunal contabilizó efectivamente 102 días, no obstante el acto acusado reconoció 101.

Al servicio de la Cámara de Representantes y la Asamblea de Cundinamarca, por cada legislatura debió hacerse un cómputo de 12 meses que corresponde a un año más para efectos de pensión. Al expediente se anexaron evidencias de haber sido elegido para los períodos y prestado servicios durante parte de los años que menciona el actor, pero no se especifica la totalidad de los periodos mensuales, razón por la cual no se tuvieron como desvirtuados los actos acusados con arreglo al artículo 177 del C. de P.C, que establece la carga de la prueba de los hechos aducidos en el proceso a quien los invoca.

Respecto de los honorarios como Concejal de la Palma, dijo que estos no se consideran salario ni base para los aportes, al tenor del artículo 66 de la Ley 136 de 1994.

En síntesis, el Tribunal consideró que no le asiste razón al demandante al afirmar que cumplió con el número de días requerido por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y no es posible un pronunciamiento acerca de la pensión reclamada conforme al régimen especial de los congresistas o de los diputados, por no formar parte de cuestionamiento planteado en el recurso invocado en vía gubernativa.

LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada, la parte actora interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Alega que en la sentencia se desconocieron los siguientes tiempos de servicio prestados:

En la Intendencia del Meta como Secretario del Corregimiento de Cumaral entre el 2 de enero de 1952 y el 31 de agosto del mismo año, para un total de 242 días. Este tiempo se acreditó en la forma prevista en los artículos 8 y 9 de la Ley

50 de 1886, y que no fue tenido en cuenta, por la imposibilidad de expedir la constancia del tiempo servido, por carecer de archivos de los años 1950 a 1952. Por lo tanto, se presentaron declaraciones extraproceso de los señores Aristóbulo Mora Colmenares y Héctor Alfonso Mora Colmenares, quienes reconocieron que se desempeñó como Secretario del Corregimiento de Cumaral; copia del decreto 337 de diciembre 21 de 1951 por el cual se designa al señor Aristóbulo Mora Colmenares como Corregidor Militar de Cumaral; Acta de Posesión N° 00389 de diciembre 27 de 1951 de Aristóbulo Mora Colmenares; Certificación del Ministerio de Defensa Nacional del 11 de abril de 2000, en donde consta que el señor Aristóbulo Mora Colmenares desempeñó el cargo anteriormente mencionado; constancias del centro Documental de la Gobernación del Meta en donde consta que Aristóbulo Mora Colmenares se desempeñó como Corregidor Militar de Cumaral entre el 18 de diciembre de 1951 y el 31 de octubre de 1952 y que al revisar los decretos y actas de posesión no se encontró ningún nombramiento; y por último, certificación del Alcalde Municipal de Cumaral de marzo 6 de 2000, en donde consta que en los libros de acta de posesión de funcionarios no se encontraron documentos sobre posesiones de los años 1950 a 1952.

Adujo que el Tribunal se fundamentó en el artículo 7 de la Ley 50 de 1886, desconociendo lo señalado en los artículos 8 y 9 de la misma ley, que dispone el procedimiento para aportar una prueba supletoria. Que además de ello se desconoció el pronunciamiento de la doctora Aída Vides Pava, magistrada de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a quien le correspondió el conocimiento del expediente, en auto del 21 de noviembre de 2003, en donde dispuso: “el despacho no considera necesaria la recepción del testimonio solicitado en la adición de la demanda, a folio 17, toda vez que las pruebas documentales son suficientes para verificar los hechos de la demanda y su contestación, en relación con el proceso de la referencia.”

Aseguró que mediante certificación expedida por el Secretario General de la Asamblea Departamental, acreditó que fue elegido Diputado Principal a la Asamblea de Cundinamarca para los periodos constitucionales 1958 a 1960, 1962 a 1964 y 1964 a 1966. A pesar de esto, el Tribunal le reconoció únicamente 1.678 días, dejando por fuera 512 días, desconociendo que la asistencia a las sesiones de cada año se equiparan a un año de servicio para efectos de jubilación.

Manifestó que se acogió al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y para completar el tiempo de jubilación presentó dos libros, aportando los certificados correspondientes, antes nombrados en la demanda. A pesar de esto, se desconoció el derecho, argumentando que cuando se escribieron los libros no se encontraba en ejercicio de un cargo público. Que de esta manera se le negaron 2.214 días, que sumados a las 5.065 reconocidos, arrojarían un total de 7.279 días, superando lo exigido por la Ley 100 de 1993.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado estima que la sentencia apelada debe ser confirmada.

En cuanto a los testimonios aportados con la demanda, rendidos ante Notario, dice que no son admisibles como prueba supletoria para acreditar 2 años de servicio en la otrora Intendencia del Meta. Respecto del tiempo computable como diputado a la Asamblea de Cundinamarca, aduce que existe deficiencia demostrativa por cuanto los documentos referidos al desempeño de dicho empleo en relación con la asistencia a sesiones resultan inconducentes para tal efecto.

Finalmente, en relación con los textos publicados, manifiesta que el status de pensionado surge de la circunstancia de haber reunido los dos requisitos esenciales señalados en la ley, esto es el tiempo de servicio y la edad, y como en este caso se trata de la pensión de jubilación oficial, es de entenderse que los servicios por el lapso determinado han de ser públicos, oficiales, más no una actividad eminentemente privada, así sea muy intelectual, ilustrativa, loable y académica. Que por ello es lógico que se exija que su elaboración y publicación sea coetánea y concomitante con el desempeño de un cargo público.

Agotado el trámite procesal y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

El asunto se contrae a establecer si al demandante le asiste o no el derecho a la pensión de jubilación, derecho que solicita con sustento en que se encuentra amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con la ley 4ª de 1992 y el artículo 7º del Decreto 1359 de 1993.

En primer lugar dirá la Sala que no comparte los razonamientos del Tribunal para negarse a examinar la controversia a la luz del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con el argumento de que dicho precepto no se invocó en la vía gubernativa. En primer lugar, si bien es cierto que la petición de reconocimiento de la pensión de jubilación se fundamentó en el artículo 33 de la citada ley (fls. 16-20 c. pal.), también lo es que la misma entidad al resolver los recursos interpuestos, mediante Resolución No. 1052 del 5 de septiembre de 2002 (fls. 10-15), admitió que el peticionario se encontraba amparado por el régimen de transición y por tal razón accedió a aplicar el artículo 13 de la Ley 50 de 1886.

En segundo término, aunque el interesado no hubiese solicitado la aplicación del citado artículo 36 en vía gubernativa, resulta imperativo aplicar en casos como este la doctrina constitucional que enseña que tratándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, el juez administrativo, a efecto de asegurar su vigencia y goce efectivos debe aplicar la correspondiente norma constitucional en forma oficiosa, en desarrollo del mandato contenido en el artículo 228 de la Carta¹. En tratándose de **derechos fundamentales**, no opera el principio de la justicia rogada y mucho menos la limitante de circunscribir el debate a lo alegado en sede administrativa.

Precisado lo anterior, encuentra la Sala que el señor Moisés Iván Gómez Afanador se encuentra amparado por el **régimen de transición** previsto en la Ley 100 de 1993, como quiera que para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia, tenía más de 40 años de edad, circunstancia que permite aplicarle el régimen anterior al cual se encontraba afiliado.

¹ Sentencia C-197 de 7 de abril de 1999.

En efecto, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispuso que la *edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.*

Ahora bien, según el demandante el régimen de transición *“incluye todas las normas que favorezcan, por el principio de favorabilidad”*, por ello invoca como normas aplicables los artículos 17 de la Ley 4ª de 1992 y 7º del Decreto 1359 de 1993, por haber sido Representante a la Cámara por el período comprendido entre el 20 de julio de 1966 y el 19 de julio de 1968.

Se hace necesario entonces examinar cuál es el régimen que le resulta aplicable, de acuerdo con la relación de servicios prestados.

El Gobierno Nacional con fundamento en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció el régimen de transición de los senadores, representantes, empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión Social del Congreso, mediante el decreto 1293 de 1994, así:

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

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

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

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

ARTÍCULO 3º. BENEFICIOS DEL REGIMEN DE TRANSICION. Los senadores y representantes que cumplan con alguno de los requisitos previstos en el artículo anterior, tendrán derecho al reconocimiento de su pensión de jubilación cuando cumplan con los requisitos de edad y tiempo de servicios o número de semanas cotizadas establecidos en el Decreto 1359 de 1993, así como el monto de la pensión, forma de liquidación de la misma e ingreso base de liquidación establecidos en el mismo decreto.

Los empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión Social del Congreso que cumplan con alguno de los requisitos previstos en el artículo anterior, tendrán derecho al reconocimiento de su pensión de jubilación cuando cumplan con los requisitos de edad, tiempo de servicios, número de semanas cotizadas y el monto de la pensión establecidos en el artículo 20 del Acuerdo 26 de 1986, del Fondo de Previsión Social del Congreso, aprobado por el Decreto 2837 de 1986.

PARAGRAFO. El régimen de transición de que trata el presente artículo se aplicará también para aquellos senadores y representantes que durante la legislatura que termina el 20 de junio de 1994 tuvieron una situación jurídica consolidada al cumplir antes de dicha fecha, veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos en una o diferentes entidades de derecho público incluido el Congreso de la República, o que los hubieran cumplido y cotizado en parte en el sector privado y ante el Instituto de Seguros Sociales en cualquier modalidad. En cuanto a la edad de jubilación se aplicará lo dispuesto en el literal b) del artículo 2º del Decreto 1723 de 1964, es decir que tales congresistas, una vez cumplido el tiempo de servicios aquí previsto podrán obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación a la edad de cincuenta (50) años. (Subraya de la Sala).

ARTÍCULO 4º. PERDIDA DE BENEFICIOS. El régimen de transición previsto en el artículo 2º del presente Decreto, dejará de aplicarse cuando las personas beneficiadas por el mismo, seleccionen el régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a lo previsto para dicho régimen o cuando habiendo escogido este régimen, decidan cambiarse posteriormente al de prima media con prestación definida.

Así mismo, dejará de aplicarse cuando los senadores, representantes, empleados del Congreso del Fondo de Previsión Social del Congreso, se desvinculen definitivamente del Congreso o del Fondo, sin reunir el tiempo de servicios requerido para tener derecho a la pensión de vejez, conforme a las disposiciones que se venían aplicando. (Destaca la Sala).

En el caso sub lite, aunque el señor Gómez Afanador se desempeñó como Representante a la Cámara, en tal condición no adquirió el derecho a pensionarse bajo el régimen especial establecido en el Decreto 1359 de 1993, pues su retiro de dicha Corporación se produjo en el año 1968 y con posterioridad no volvió a vincularse.

Significa lo anterior que no le resulta aplicable el citado régimen especial y de acuerdo con los servicios prestados, no adquirió el derecho a pensionarse bajo régimen especial alguno.

Entonces, como al entrar en vigencia el sistema de seguridad social establecido por la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994) el señor Gómez Afanador tenía 58 años de edad, no queda duda de que su situación se encuentra gobernada por la normatividad anterior, aplicable a los empleados públicos, es decir la ley 33 de 1985, aunque no fue invocada como violada ni como fuente del derecho reclamado, pero como se indicó inicialmente, tratándose de derechos fundamentales le corresponde al Juez aplicar la norma pertinente.

Según el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 *el empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.*

Quedando determinado entonces cuál es el régimen aplicable al actor, procede examinar si cumple los 20 años de servicio exigidos para acceder a la pensión de jubilación.

El Tribunal encontró que el actor prestó sus servicios al Estado (fl. 189) así:

- En la Registraduría Nacional del Estado Civil se desempeñó de manera interrumpida desde el 14-11-49 hasta el 01-09-51, para un total de 591 días;
- En la Secretaría de Educación de Cundinamarca se desempeñó como docente en las jornadas diurna y nocturna desde el 17-04-55 hasta el 20-06-56, para un total de 429 días;
- Como Personero Municipal de Vianí Cundinamarca del 17-09-56 al 16-09-57, para un total de 365 días;
- Como Diputado a la Asamblea de Cundinamarca del 01-10-58 al 30-11-65, para un total de 1678 días;
- A la Contraloría Departamental de Cundinamarca de manera interrumpida del 17-08-61 al 01-03-62, del 01-09-75 al 15-08-75 y del 16-08-77 al 30-12-77, para un total de 1001 días;

- A la Dirección Comunal de Cundinamarca desde el 05-05-75 al 15-08-75, un total de 102 días;
- Como Representante a la Cámara del 20-07-66 al 04-07-68, un total de 730 días;
- A la Secretaría de Gobierno de Cundinamarca desde el 16-11-74 hasta el 04-05-75, un total de 169 días.

Total tiempo de servicio contabilizado: 5.065 días equivalentes a 14 años 6 días.

Ahora bien, la inconformidad planteada por el demandante en el recurso de apelación se refiere a que el Tribunal no sumó el período servido a la Intendencia del Meta ni el que corresponde por la producción de los textos de consulta “La Palma Siglo XX” y “Raza, Luz y Fe”. Dice además, que el tiempo prestado como Diputado a la Asamblea de Cundinamarca fue contabilizado en forma errónea, de tal modo que se le desconocieron 512 días. Examinará entonces la Sala las pruebas respectivas, de acuerdo con las razones expuestas:

1. Tiempo servido en la Intendencia del Meta:

Para acreditar el tiempo que afirma haber laborado en la Intendencia del Meta, el demandante aportó dos declaraciones rendidas ante Notario, el 3 de marzo de 1998, por los señores **ARISTÓBULO MORA COLMENARES** y **HECTOR ALFONSO MORA COLMENARES**, quienes aseguran que el señor Moisés Iván Gómez Afanador desempeñó el cargo de SECRETARIO DEL CORREGIMIENTO DE CUMARAL (META) desde el 2 de enero de 1952 hasta el 31 de agosto de 1952 (fls.51-52 c.2).

A folio 116 del cuaderno 2 obra comunicación del 6 de marzo de 2000 suscrita por el Alcalde Municipal de Cumaral – Meta, dirigida al señor Gómez Afanador en donde le informa:

*“... que revisados los archivos que se llevan en esta Oficina de los libros de Actas de Posesión de funcionarios, no se encontró documento alguno de posesión de los años 1950 a 1952 respectivamente.
Se hace aclaración, que los archivos correspondientes a los años mencionados y otros hacia atrás, por tiempo de los mismos, ninguno de*

ellos como otros documentos se figuran en el Archivo General de este Municipio”.

La ley 50 de 1886 regula las eventualidades en las cuales los hechos que deben ser demostrados mediante prueba documental pueden ser objeto de prueba supletoria en forma excepcional, mediante la recepción de testimonios.

Los artículos 7 y 8 prescriben lo siguiente:

Artículo 7º. No es admisible la prueba testimonial para comprobar hechos que deben constar en documentos o pruebas preestablecidas por las leyes. Así los servicios de un militar, los cuales deben comprobarse con su hoja de servicios debidamente formada y calificada; los empleos que haya tenido un ciudadano, **los cuales deben constar de los respectivos nombramientos; los servicios de un individuo, que deben constar en los actos oficiales que ejecutara y que debió quedar prueba escrita; y todos los hechos de la misma naturaleza, deben probarse con los respectivos documentos o sus copias auténticas.**

Artículo 8º. En el caso de que se pruebe que los archivos donde han debido reposar las pruebas preestablecidas de los hechos que deben comprobarse con arreglo a esta ley o al Código Militar, **han desaparecido, el interesado debe recurrir a aquellos documentos que pueden reemplazar los perdidos o hacer verosímil la existencia de estos, ocurriendo para ello a las otras oficinas o archivos donde pueda hallarse estas pruebas. La prueba testimonial no es admisible sino en caso de falta absoluta, bien justificada, de pruebas preestablecidas y escritas;** dicha prueba testimonial debe llenar, además de las condiciones generales las que se especifican en el artículo siguiente. La prueba supletoria es también admisible cuando se acredite de un modo satisfactorio que no se pudo establecer oportunamente prueba escrita y las razones por las cuales sucedió. (Se destaca).

Las disposiciones legales antes trascritas señalan la regla general según la cual no es admisible la prueba testimonial para comprobar hechos que deben constar en documentos o por pruebas preestablecidas por las leyes, como el empleo de un ciudadano que debe constar en el acto de nombramiento, los servicios en los actos oficiales que ejecutara y que debió quedar prueba escrita y todos los hechos de la misma naturaleza deben probarse con documentos o copias auténticas.

Cuando se acredite que han desaparecido los archivos donde debían reposar las pruebas de los hechos a probar, el interesado debe recurrir a los documentos que puedan reemplazar los perdidos “... o *hacer verosímil la existencia de estos...*”, acudiendo a oficinas o archivos donde puedan hallarse y la

prueba testimonial sólo es admisible en caso de falta absoluta, bien justificada de las pruebas preestablecidas y escritas.

En el presente caso, frente a las declaraciones allegadas, lo primero que observa la Sala es que el actor no aportó elemento distinto con el cual pueda probar mediante prueba supletoria los servicios prestados entre el 2 de enero y el 31 de agosto de 1952 (242 días) pues si bien es cierto el Alcalde en su comunicación aclara que por el tiempo transcurrido algunos documentos no figuran en el archivo general, de ello no se deduce que éstos hayan desaparecido.

Por el contrario, al proceso también se allegó constancia expedida por el Técnico Administrativo del Centro de Documentación Departamental del Meta, del 18 de diciembre de 1997, que da cuenta de que el señor ARISTÓBULO MORA COLMENARES, uno de los declarantes, prestó sus servicios a la Intendencia Nacional del Meta como Corregidor Militar en Cumaral desde el 18 de diciembre de 1951 hasta el 31 de octubre de 1952, es decir, por la misma época en que supuestamente estuvo vinculado el actor.

Sin embargo, en la misma fecha, el citado funcionario le dirigió comunicación al señor GÓMEZ AFANADOR en la que le informa que *“revisado minuciosamente los Decretos y Actas de Posesión de los años 1951, 1952 y 1953 que reposan en nuestra Dependencia, no se encontró ningún nombramiento”*. (Destacado fuera de texto).

La norma transcrita señala claramente que si no se logra la prueba documental directa el interesado debe acudir a documentos que puedan reemplazarlos o hacer creíble su existencia; así, por ejemplo, la existencia de nóminas, desprendibles de pago, documentos que hayan decidido situaciones administrativas, entre otros. En este caso no se aportó prueba escrita alguna de los servicios que, presuntamente, se prestaron en el período mencionado.

No existe ningún documento que haga constar que los archivos donde debían reposar las pruebas escritas del nombramiento y tiempo de servicio prestado por el actor desaparecieron, pues si bien en la comunicación dirigida al demandante el 6 de marzo de 2000 (fl. 79) el Alcalde de Cumaral le manifiesta que

por el tiempo transcurrido algunos documentos no figuran en el archivo general, en la que le envió el Técnico Administrativo del Centro de Documentación Departamental el 18 de diciembre de 1997 (fl. 77) le manifestó que *“revisados minuciosamente los Decretos y Actas de Posesión de los años 1951, 1952 y 1953 ... no se encontró ningún nombramiento”*. Además le remitió Decreto de nombramiento, Acta de posesión y Certificado de tiempo de servicio del señor Aristóbulo Mora Colmenares quien fue Corregidor Militar en Cumaral por la misma época, y es uno de los declarantes del tiempo que supuestamente prestó el actor en el mismo ente territorial.

Como puede verse, en ninguna de las comunicaciones se afirma categóricamente que los archivos de la Intendencia del Meta desaparecieron, simplemente que no hay evidencia de que MOISÉS IVAN GÓMEZ AFANADOR hubiera laborado allí.

Dicha afirmación no resulta eficaz para comprobar que los archivos donde debían reposar las pruebas desaparecieron, pues, se repite, los oficios mencionados dan prueba de la inexistencia de pruebas que acrediten la prestación de los servicios del actor en el período señalado, no de los archivos, por el contrario, según el Técnico Administrativo del Centro de Documentación Departamental en dicha dependencia reposan archivos de los años 1951, 1952 y 1953.

Por ello no puede decirse que las pruebas no pudieron aportarse por desaparición de los archivos, pero aún en tal evento la ley exige al interesado acudir a otros documentos que puedan reemplazar los perdidos como por ejemplo los desprendibles de pago de salarios, o cualquier otro documento que sirva de indicio para deducir el hecho cuya demostración se pretende.

En estas condiciones, considera la Sala que, en este caso, no es admisible la prueba testimonial para probar el tiempo de servicios que el demandante alega haber prestado en la Intendencia del Meta.

2. Textos de enseñanza.

El Tribunal desestimó el tiempo que pretende hacer valer el actor con la publicación de dos textos de su autoría, con el argumento de que fueron producidos y adoptados como textos de enseñanza en centros educativos con posterioridad a la desvinculación del servicio del demandante, razonamiento que no resulta acertado por cuanto la norma que regula tal situación no exige que la producción del texto sea simultánea con el ejercicio del cargo público.

Al respecto el artículo 13 de la Ley 50 de 1886 dispuso:

La producción de un texto de enseñanza que tenga la aprobación de dos institutores o profesores, lo mismo que la publicación durante un año, de un periódico exclusivamente pedagógico o didáctico, siempre que en ninguno de los dos casos el autor o editor haya recibido al efecto auxilio del Tesoro Público, equivaldrán respectivamente a dos años de servicios prestados a la Instrucción Pública.

El anterior precepto fue reglamentado por el Decreto 753 de 1974, que dispuso en sus artículos 1º a 3º:

ARTICULO 1º. Los institutores o profesores que puedan aprobar los textos de enseñanza según el inciso 2º del artículo 13 de la ley 50 de 1886, deben acreditar su título con las certificaciones oficiales correspondientes y rendir declaración jurada ante un juez de la residencia del autor del texto. En estas declaraciones harán constar el contenido de las obras a que se refieren, el establecimiento o establecimientos educativos en donde se hayan adoptado, el tiempo durante el cual hayan servido para la enseñanza, el número de páginas de libro o de los libros en caso de ser varios y las razones que tenga para haberles dado aprobación o para recomendarlos.

ARTICULO 2º. La aprobación o recomendación pueden estar a cargo de los rectores de escuelas, colegios, universidades, institutos de especialización de enseñanza diversificada, oficiales o privados o de los decanos de la facultad con el visto bueno del rector. En ese caso bastará la certificación correspondiente.

ARTICULO 3º. Cada libro adoptado y recomendado conforme indican las anteriores disposiciones, equivaldrán a dos años de servicio público, para los efectos exclusivos de la pensión de jubilación a que tiene derecho el autor, cualquiera que fuere el número de tomos publicados. Son requisitos para hacer el reconocimiento por parte de la entidad asistencial respectiva:

- a). Que el libro o libros sean impresos y su propiedad registrada;
- b). Que expresen el nombre del autor, el pie de imprenta y el año de edición;
- c). Que en todo caso de ser varios tomos de una misma obra, cada uno de ellos no tenga menos de doscientas páginas con dimensiones no menores de 20 x 15 cms;
- d). Que si se trata de obra escrita y publicada en un solo tomo, este no tenga menos de doscientas páginas de la dimensión mínima. En todo caso se

acompañará un ejemplar y este se conservará en la biblioteca de la entidad que hace el reconocimiento².

Para el cumplimiento de las exigencias anteriores, el señor GÓMEZ AFANADOR allegó los siguientes documentos:

- Certificación expedida por la Rectora de la Escuela Normal Superior Divina Providencia de La Palma-Cundinamarca, que da cuenta de que el libro LA PALMA SIGLO XX, cuyo autor es el señor MOISÉS IVAN GÓMEZ fue designado como texto de consulta de Historia Contemporánea de la ciudad de La Palma, algunos de cuyos ejemplares se encuentran clasificados en la Biblioteca de la Institución. (fl. 22).
- Constancia expedida por el Director de la Concentración John F. Kennedy según la cual el libro LA PALMA SIGLO XX, sobre la historia del municipio La Palma – Cundinamarca, fue acogido como texto de consulta para las investigaciones de los estudiantes de la Institución. (fl. 23).
- Certificado de inscripción en el Registro Nacional de Derecho de Autor correspondiente al libro LA PALMA SIGLO XX.
- Constancia expedida por la Rectora de la Escuela Normal Superior Divina Providencia de La Palma, según la cual el libro RAZA, LUZ Y FE escrito por el señor IVAN GÓMEZ AFANADOR, sobre la Historia Precolombina, la Conquista y la Colonia de la ciudad de La Palma fue acogido como libro de consulta y estudio (fl. 39).
- Constancia expedida por el Director de la Concentración John F. Kennedy según la cual el libro RAZA, LUZ Y FE, sobre la historia del municipio La Palma – Cundinamarca, fue acogido como texto de consulta para que sea investigado por los alumnos de la Institución. (fl. 40).
- Certificado de inscripción en el Registro Nacional de Derecho de Autor correspondiente al libro RAZA, LUZ Y FE.

Con fundamento en las disposiciones transcritas y evaluadas las pruebas reseñadas anteriormente, no queda duda de que al señor Gómez Afanador le asiste el derecho al reconocimiento de tiempo de servicios por obras escritas para efectos pensionales, en los términos del artículo 13 de la Ley 50 de 1886.

² Los ordinales c) y d) del artículo 3 del Decreto reglamentario 753 de 1974 fueron declarados nulos mediante sentencia del 15 de marzo de 1979.

En efecto, quedó demostrado que los dos libros que escribió el señor MOISÉS IVAN GÓMEZ AFANADOR, quien se desempeñó también como docente, han sido útiles para difundir entre los estudiantes de La Palma la historia del municipio. Se demostró también la inscripción de las obras en el Registro Nacional del Derecho de Autor del Ministerio del Interior.

Ello significa que las obras cumplen con las exigencias legales y son idóneas para los fines pretendidos por el demandante. En tal medida, resultan equivocados los argumentos del Tribunal al exponer que la producción de los libros debió ser coincidente con el ejercicio del cargo público, pues la norma que consagró la equivalencia de dos años de servicio por cada uno de los libros no contiene tal exigencia y no encuentra la Sala razón alguna que la justifique. Los textos de enseñanza aprobados, recomendados y utilizados como instrumentos pedagógicos, son válidos en cualquier sector que implique o contribuya al perfeccionamiento del conocimiento.

3. Tiempo de servicio en la Asamblea de Cundinamarca.

El artículo 7º de la Ley 48 de 1962, incorporado como artículo 56 al Código de Régimen Departamental, dispuso:

Los miembros del Congreso y de las Asambleas Departamentales gozarán de las mismas prestaciones e indemnizaciones sociales consagradas para los servidores públicos en la Ley 6º de 1.945 y demás disposiciones que la adicionen o reformen". Esta norma también se encuentra contenida en el artículo 4º de la Ley 5º de 1.969.

Al tenor del artículo 9º de la Ley 48 de 1962, para reconocer a los diputados doce meses de servicios por cada anualidad deben haber asistido a todas las sesiones ordinarias y extraordinarias, si sólo concurrieron a algunas de ellas el tiempo servido para los efectos indicados debe ser reconocido en forma proporcional.

Por su parte, el artículo 3º de la Ley 5º de 1969, señala la forma de computar el tiempo y la asignación de los diputados y congresistas, así:

Los períodos de sesiones ordinarios o extraordinarios ... se computarán en materia de tiempo y de asignación como si el congresista o diputado hubiese laborado y percibido durante los doce meses idénticas asignaciones.

De acuerdo con las disposiciones antes citadas, los congresistas y diputados gozan de las mismas prestaciones e indemnizaciones consagradas para los servidores públicos, referidas a las prestaciones e indemnizaciones previstas en la Ley 6ª de 1945.

De acuerdo con la constancia expedida por el Secretario General de la Asamblea de Cundinamarca, el señor MOISÉS IVÁN GÓMEZ AFANADOR fue elegido como diputado principal a la Asamblea de Cundinamarca para los períodos constitucionales 1958-1960, 1962-1964, 1964-1966 y según la certificación de tiempo de servicio expedida por la Secretaría General de la Contraloría de Cundinamarca asistió a sesiones ordinarias durante los períodos señalados.

A folio 226 del cuaderno 1 aparece certificación del Presidente de la Asamblea de Cundinamarca que hace constar que el señor GÓMEZ AFANADOR laboró para dicha Corporación como Diputado en los períodos 1958, 1959, 1963, 1964 y 1965; certificó el sueldo mensual, devengado por décadas, sin especificar la asistencia a sesiones ordinarias y extraordinarias, razón por la cual para contabilizar el tiempo se acudirá a la norma general.

Así entonces, para efectos pensionales por servicios prestados a la Asamblea de Cundinamarca se tomarán en cuenta como año completo de servicios los de 1958, 1959, 1962, 1963, 1964 y 1965. En consecuencia, por servicios a la Asamblea de Cundinamarca se computarán 6 años.

Se tomará entonces el tiempo que contabilizó el Tribunal, esto es: 5.065 días y se le restarán los 1.678 días contabilizados en la Asamblea de Cundinamarca, lo que arroja un total de 3.387 días equivalentes a 9 años 4 meses, se sumarán 6 años prestados a la Asamblea de Cundinamarca y 4 por los libros de consulta, operación que arroja un total de 19 años 4 meses.

En estas condiciones, como el señor Gómez Afanador no completó los 20 años de servicio exigidos, no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión ordinaria de jubilación en los términos del artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

No obstante lo anterior, la Sala se ve en la imperiosa obligación de examinar la situación del demandante a la luz de la normatividad existente en el tema pensional, para encontrar la solución más adecuada, pues no resultaría justo desconocer más de 19 años de servicios prestados.

En esta medida, considera que debe aplicarse en este caso la ley que con anterioridad establecía la denominada “**pensión de retiro por vejez**”.

En anteriores oportunidades, la Sección Segunda, en acatamiento de claros postulados constitucionales, ha aplicado las disposiciones del Decreto-Ley 3135 de 1968 y su decreto reglamentario 1848 de 1968, para efectos de resolver sobre la procedencia de la pensión de retiro por vejez a personas que, como el señor Gómez Afanador, no tienen oportunidad de vender su fuerza laboral que les permita acceder a la pensión plena de jubilación. El fundamento de esta orientación descansa sobre postulados tales como el deber del Estado, la sociedad y la familia de concurrir a la protección y asistencia de las personas de la tercera edad (C.N. Artículo 45), garantía de la seguridad social (Artículo 48 ib.), protección especial a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, entre otras³.

La pensión de retiro por vejez estaba prevista en el artículo 29⁴ del Decreto Ley 3135 de 1968, en los siguientes términos:

Artículo 29. Pensión de retiro por vejez. A partir de la vigencia del presente decreto, el empleado público o trabajador oficial que sea retirado del servicio por haber cumplido la edad de 65 años y no reúna los requisitos necesarios para tener derecho a pensión de jubilación de jubilación o invalidez, tendrá derecho a una pensión de retiro por vejez, pagadera por la respectiva entidad de previsión, equivalente al veinte por ciento (20%) de su último sueldo devengado, y un dos por ciento (2%) más por cada año de servicio, siempre que carezca de recursos

³ Sentencia del 7 de abril de 2005, Sección Segunda - Subsección B, radicación 1721-03, actor: Cipriano Quintero Báez. M.p. Alejandro Ordóñez Maldonado.

⁴ Norma derogada por la Ley 100 de 1993, que estableció en su reemplazo la figura de la indemnización sustitutiva.

necesarios para su congrua subsistencia. Esta pensión no podrá ser inferior al mínimo legal.

La disposición anterior fue reglamentada por el Decreto 1848 de 1969 en los artículos 81 a 83, así:

Decreto 1848 de 1969

Artículo 81.- Derecho a la pensión. 1. Todo empleado oficial que conforme a lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, sea retirado del servicio por haber cumplido sesenta y cinco (65) años de edad sin contar con el tiempo de servicio por haber cumplido sesenta y cinco (65) años de edad sin contar con el tiempo de servicio necesario para gozar de pensión de jubilación, sin hallarse en situación de invalidez, tiene derecho a pensión de retiro por vejez, siempre que carezca de medios propios para su congrua subsistencia, conforme a su posición social.

(...)

Artículo 82.- Cuantía de la pensión. El valor mensual de la pensión de retiro por vejez será equivalente al veinte por ciento (20%) del último salario devengado mensualmente por el beneficiario, más el dos por ciento (2%) del citado salario por cada año de servicios, continua o discontinuamente, en entidades de derecho público, establecimientos públicos, empresas oficiales y sociedades de economía mixta. El monto correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo servido en cada una de aquellas entidades, establecimientos, empresas o sociedades de economía mixta.

Artículo 83.- Efectividad de la pensión. 1. La pensión de retiro por vejez correspondiente, se reconocerá y pagará por la entidad de previsión social a la cual esté afiliado el empleado oficial al tiempo de su retiro del servicio por vejez.

2. Si el empleado oficial no estuviese afiliado a ninguna entidad de previsión social al tiempo del mencionado retiro del servicio, el reconocimiento y pago se hará directamente por la entidad o empresa oficial que decreta su retiro por la causa expresada.

3. La entidad o empresa a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago de la pensión de retiro por vejez, tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda a prorrata del tiempo de servicios en cada una de aquéllas.

4. Para los efectos contemplados en el artículo se aplicará el procedimiento señalado en el Decreto 2021 de 1948 y si transcurrido el término de quince (15) días del traslado a que se refiere el artículo 3º del citado decreto la entidad obligada a la cuota pensional que le corresponda no ha contestado, o lo ha hecho negativamente sin fundamento legal, se entenderá que acepta el proyecto y se procederá a decretar el reconocimiento y a verificar el correspondiente pago.

El expresado término empezará a correr desde la fecha en que la entidad respectiva reciba el proyecto de reconocimiento de la pensión.

En el caso concreto, no existe duda alguna de que el demandante no reunió los requisitos para acceder a la pensión plena de jubilación, pues no completó los 20 años de servicio, pero no pueden desconocerse, se repite, los 19 años y 4 meses de labores que desempeñó en distintas entidades oficiales, incluida la Cámara de Representantes, lo que hoy en día le daría vocación a la indemnización sustitutiva. Empero, como el demandante se encontraba en el régimen de transición, deberán aplicarse las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, si entrar a divagar en el tema de empleados nacionales y territoriales, en razón al principio de **igualdad** establecido en el artículo 13 de la Carta Política y a las orientaciones del Decreto 1919 de 2002.

Por ello, aunque la pensión de retiro por vejez no fue solicitada en vía gubernativa ni en sede judicial, resulta forzoso acudir nuevamente a las directrices trazadas por la Corte Constitucional, en desarrollo del artículo 228 de la Carta y proceder a reconocer el derecho pensional del demandante.

Ahora, es cierto que para el momento en que el actor hizo la petición no contaba aún con 65 años de edad -sólo tenía 63- y que tampoco se encontraba laboralmente vinculado al momento en que los cumplió -16 de octubre de 2001- sin embargo, considera la Sala que tal circunstancia no puede ser óbice para reconocer la pensión de vejez, pues las normas que consagran tal derecho y que deben articularse con las normas supralegales que protegen los derechos de las personas de la tercera edad, ordenan aplicar los principios de favorabilidad en materia laboral e irrenunciabilidad de las prestaciones sociales, que tienen fuerza vinculante, y criterios auxiliares como la equidad.

Precisamente en torno al tema de la aplicación del criterio contenido en el artículo 230 de la Carta, esta Subsección en fallo del 13 de julio de 2006, sostuvo lo siguiente:

"La equidad para remediar injusticias, cuando existe omisión legislativa para solucionar el caso concreto.

La aplicación de la equidad constituye uno de los temas complejos de la jurisprudencia, pues a nadie escapa que una decisión judicial basada solamente en el principio de la

equidad y alejada del texto legal, llevaría a un subjetivismo judicial que no puede tener cabida en un Estado de Derecho, como quiera que un juez sin el freno legal, está en riesgo de fallar de acuerdo con sus tendencias ideológicas.

Sin embargo, puede ocurrir que el juez se encuentre en presencia de una situación completamente nueva, por no haber contemplado el legislador un caso especial y en el cual aplicar la regla general produce un efecto injusto. Es en este punto donde la equidad es remedial, en tanto busca evitar las consecuencias injustas que se derivarían de determinada decisión, dadas las particularidades de la situación objeto de examen.

La equidad se encamina a evitar la arbitrariedad y la injusticia, que se pueda derivar de la aplicación de una ley a una situación particular cuyas especificidades exigen una solución distinta a la estricta y rigurosamente deducida de la norma legal.

(...)

No hay duda entonces que tiene aplicación el principio "pro operatio" a que alude el artículo 230 Superior, que consagra la equidad como un criterio del que se auxilia el sentenciador para fundar su decisión.

(...)"

Como se evidencia de lo anterior, atrás quedó el paradigma positivista que se traduce en el planteamiento de Montesquieu, que asigna al juez un lugar estrechamente subordinado, predicando que los juicios no deben ser más que "un texto preciso de la ley" y que los jueces "no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza de la ley ni el rigor de ella". Hoy está claro que la juris-dictio no podría limitarse a la legis-dictio; la legalidad se articula con los derechos de los ciudadanos, pues el imperio de la ley a la que se somete el juez, según el artículo 230 Superior, es en la Constitución misma imperio de la ley y del derecho, como quiera que el concepto básico constitucional que finca toda la parte programática del mismo ordenamiento, es el Estado Social de Derecho y no simplemente el Estado de Derecho.

El fin de la Constitución es implantar el derecho mediante la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo político y por ello proclama valores superiores del ordenamiento jurídico; luego dentro de la dialéctica constitucional caben no sólo las leyes formales, sino todos los valores constitucionales y los principios.

No se trata de meros conceptos retóricos, sino de conceptos normativos con plenitud de efectos jurídicos, cuyo instrumento de eficacia es el juez. En esa medida, al invocar las razones de equidad y de justicia como sustento, lo que se hace es dar aplicación al modelo constitucional garantista en el que la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma, ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución".⁵

Las consideraciones tenidas en cuentas en el fallo transcrito son aplicables al caso examinado, en la medida en que admitir que la pensión de retiro por vejez sólo se reconoce a quienes al momento de cumplir los 65 años de edad estén

⁵ Expediente No. 73001-23-31-000-2002-00720-01(5116-05), actor: Lucrecia Pinzón Neira. M.p. Ana Margarita Olaya.

vinculados al servicio, es una interpretación literal que produce a todas luces un efecto injusto, violatorio del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, opuesta a los mandatos constitucionales de protección a la tercera edad y de aplicación favorable de las disposiciones legales en materia laboral, dadas las particularidades que envuelven este caso.

Así lo estableció esta Subsección al resolver un litigio de similares contornos, en que se resolvió conceder la pensión de retiro por vejez a una persona que había laborado 17 años al servicio de la rama judicial y que tampoco había solicitado la citada prestación en vía administrativa.

Dijo en aquella oportunidad la Sala:

"(...).

2. La vinculación laboral al momento de cumplir 65 años de edad es un hecho fortuito que no depende de la voluntad del empleado.

La situación del país refleja altos niveles de desempleo, entre otras razones por el no crecimiento de la economía, el aumento del déficit fiscal, la disminución del porcentaje de producción y, por ende, los niveles de oportunidad y empleabilidad no son muchos. Por ello precisamente el legislador ha tratado de crear normas de protección al desempleo – ley 789 –

De suerte que resulta un contrasentido que personas que laboraron más de 17 años al servicio del Estado, pierdan su derecho por la circunstancia fortuita de no estar vinculados al momento de cumplir la edad prevista en las disposiciones a las que se ha hecho alusión, cuando en muchas oportunidades ello no depende de la voluntad del trabajador, sino de las altas tasas de desempleo en nuestro país.

En el presente caso da cuenta el plenario que el demandante intentó vincularse nuevamente a la Rama Judicial en el año de 1990, cuando tenía 53 años de edad (fls. 59 y 60) propósito que no tuvo éxito.

3. Derecho a la igualdad.

No es coherente con el sistema jurídico ni encuentra justificación razonable, reconocer pensión de vejez a quienes estaban vinculados al servicio al momento de cumplir 65 años y negar este derecho a quienes no estaban activos laboralmente al cumplir la edad, por diferentes circunstancias, cuando los demás presupuestos del derecho pensional se cumplen, esto es la edad y el tiempo mínimo, y por ende es justo, razonable y coherente con el sistema jurídico reconocer la prestación en el caso analizado. El supuesto de hecho del artículo 10 del decreto 546 de 1971 y el alcance de esta norma debe armonizarse con los principios y valores básicos del ordenamiento jurídico, contenidos en los preceptos constitucionales referidos y desde esta perspectiva se considera que ambas situaciones quedan subsumidas en la norma

4. Avance jurisprudencial.

El asunto sometido a consideración no es nuevo. Así, en fallo del 26 de febrero de 2003, con ponencia del doctor Alberto Arango Mantilla, esta Sala accedió a ordenar el reconocimiento y pago de una pensión de vejez al actor quien no se encontraba activo laboralmente cuando cumplió los 65 años⁶.

Aún cuando ese evento presenta una particularidad diferente al ahora estudiado, en el sentido de que allí con posterioridad a que el demandante cumplió dicha edad se revinculó a la administración "(...) situación que - como se dijo - obviamente le impedía al demandante acceder de nuevo a una dignidad pública o de continuar en un cargo de esta naturaleza (...)", las consideraciones allí expuestas, en el sentido de que no es razonable ni justo, a la luz de los nuevos postulados constitucionales relacionados con la seguridad social integral (artículos 48 y 53 de la C.P.), reconocer tal prestación social a un servidor público y denegársela a otro, son aplicables al asunto que ahora se estudia ya que se desconocería el derecho fundamental constitucional a la igualdad (artículo 13)".⁷

En las condiciones anotadas y de acuerdo con los precedentes citados, teniendo en cuenta que al entrar en vigencia el actual régimen pensional el actor contaba con más de 40 años de edad y más de 15 años de servicio (transición del artículo 36, ibídem) la Sala estima que le asiste el derecho a la pensión de retiro por vejez consagrada en el Decreto 3135 de 1968 (**régimen anterior**).

En consecuencia, se revocará la sentencia apelada y se condenará a la entidad accionada a pagarle al actor la pensión de retiro por vejez, en cuantía equivalente al 20% del último sueldo devengado más un 2% por cada año de servicio, sin que pueda ser inferior al salario mínimo legal vigente, a partir del 16 de octubre de 2001 –fecha en que cumplió 65 años- hasta el 28 de octubre de 2005 -fecha en que falleció, según el certificado de defunción allegado al proceso en esta instancia-.

Consideración final

De la sucesión procesal

⁶ Expediente No. 1108-02, actor: Guillermo Enrique Calderón Barros.

⁷ Expediente N° 25000 23 25 000 1999 06034 01 (4109-04), actor: Rafael Suárez Pineda, sentencia del 26 de octubre de 2006. M.p. Jaime Moreno García.

De conformidad con lo establecido en el artículo 60, inciso 1º del C. de P.C., fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos, o el correspondiente curador.

A su turno, según lo dispuesto en el artículo 62 ibídem, los sucesores tomarán el proceso en el estado en que se halle al momento de su intervención.

En el presente proceso el señor Moisés Iván Gómez Afanador falleció el 28 de octubre de 2005 (fl. 263 del cuaderno principal).

Al proceso acudieron en calidad de sucesores procesales los hijos del causante, de sus dos uniones maritales con las señoras Dora Liévano y Edelvina Guerrero Mantilla, quienes se tendrán como tales, advirtiéndoles que tal condición no otorga titularidad alguna sobre los valores que resulten a favor del señor Gómez Afanador y que deban ingresar a su sucesión. La sustitución pensional la deberá otorgar la entidad accionada a quienes demuestren su derecho como beneficiarios.

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:

REVÓCASE la sentencia del veinte (20) de enero de dos mil cuatro (2004) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se denegaron las suplicas de la demanda, dentro del proceso promovido por MOISÉS IVÁN GÓMEZ AFANADOR.

En su lugar, se dispone:

1. **DECLÁRASE** la nulidad de las Resoluciones números 2377 de 20 de octubre de 2000 y 1052 de 5 de septiembre de 2002, expedidas por el director del

Departamento Administrativo del Talento Humano del Departamento de Cundinamarca y por la Directora de Pensiones Públicas de Cundinamarca – Unidad Administrativa Especial de Pensiones, respectivamente, por medio de las cuales se negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación al señor Moisés Gómez Afanador.

2. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condénase al departamento de Cundinamarca a reconocer y pagar al señor Moisés Iván Gómez Afanador una pensión mensual de retiro por vejez, en los precisos términos consagrados en los artículos 29 del decreto 3135 de 1968 y 2º de la ley 71 de 1988, esto es, equivalente a un 20% del último sueldo devengado, más un 2% por cada año de servicio, sin que pueda ser inferior al salario mínimo legal vigente, junto con los reajustes de que trata el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. El pago de la pensión se hará efectivo desde el 16 de octubre de 2001, fecha en cumplió los 65 años de edad sin que pueda ser inferior al salario mínimo legal vigente, hasta el 28 de octubre de 2005 -fecha en que falleció, según el certificado de defunción allegado al proceso en esta instancia-.

3. La suma deberá ser actualizada a la fecha, desde el año 1977 (último año de servicio) hasta el año de 2001 (fecha en que el actor cumplió los 65 años) de acuerdo con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE; a partir de ese momento se aplicará la indexación, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el señor Moisés Iván Gómez Afanador, por concepto de pensión de retiro por vejez, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago, según se dispuso en la parte motiva de la providencia).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará

separadamente, mes por mes, para cada mesada pensional y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

4. El departamento de Cundinamarca repetirá contra las entidades oficiales en donde el actor prestó sus servicios laborales personales (Registraduría Nacional del Estado Civil, Cámara de Representantes) o contra las respectivas entidades de previsión social que hagan sus veces, en la cuota parte que a cada una corresponda, tal como lo determinan las respectivas normas legales.

5. La entidad dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 176, observando lo dispuesto en el inciso final del artículo 177 del C.C.A., adicionado por el artículo 60 de la ley 446 de 1998.

6. Tiénense como sucesores procesales del señor Gómez Afanador a Dora Liévano de Gómez, Doris Jeanette, Diana Consuelo, Iván, María Eugenia y Laureano Gómez Liévano y a Edelvina Guerrero Mantilla, Iván Eduardo, Yira Teresa, Cindy Mercedes, Moisés Dayan Francisco, Juan David e Ivonne Daniela Gómez Guerrero.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO