

SUJETO DE PROTECCIÓN ESPECIAL POR PARTE DEL ESTADO – Anciano con 88 años de edad / DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL - Implica la protección a las personas que se encuentran en imposibilidad física o mental -generada por su vejez / INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA – Al ser declarada la nulidad del acto de reconocimiento pensional / DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL - Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez

La fundamentalidad de este derecho constitucional a la seguridad social comporta, según las voces del artículo 48 Superior, su irrenunciabilidad, que a su turno implica para el aparato estatal, obligaciones que ineludiblemente debe cumplir a fin de que la tercera edad goce de las prerrogativas de protección y amparo. En consideración a lo anterior, aunque es indiscutible, que el accionado no comprobó el cumplimiento del tiempo de 20 años de servicio que legalmente es requerido para el reconocimiento de la pensión de jubilación como tampoco aglutinó los presupuestos para ser destinatario del régimen pensional de los Congresistas, no lo es menos, que ante el hecho incontrovertible de su senectud, es de imperiosa observancia la disposición de rango constitucional que protege su derecho fundamental a la seguridad social integral, cuyo instrumento de protección, en este caso, se materializa en el reconocimiento y pago en su favor de una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, según las voces del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, aplicable a esta situación particular por la que atraviesa el demandado, dentro de un contexto garante de sus derechos fundamentales, que permite propender porque sus condiciones de existencia sean dignas. La indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a la luz del régimen de la prima media aplica a quien al momento de cumplir la edad pensional no ha cotizado el mínimo de semanas exigidas para tener derecho a la pensión, que es lo que sucede en este caso, en el que el accionado, si bien cumplió la edad pensional, lo cierto es, que no cotizó el tiempo legalmente exigido, ello aunado a que se constituye en un hecho notorio en razón de su avanzada edad, la imposibilidad que le asiste para seguir efectuando los aportes.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 37 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 48

PRUEBA SUPLETORIA – Acreditar tiempo de servicio

Como lo señaló el artículo 8º, si los archivos donde reposaban las pruebas preestablecidas de los hechos que debían comprobarse con arreglo a esta ley han desaparecido, el interesado debe recurrir a los documentos que pudieran reemplazar los perdidos o a otras oficinas o archivos donde pudieran hallarse estas pruebas. La prueba testimonial no es admisible sino en caso de falta absoluta, bien justificada de las pruebas preestablecidas y escritas. La prueba supletoria es admisible, cuando se acredite de modo satisfactorio que no se pudo establecer oportunamente prueba escrita y las razones por las cuales esto sucedió. Y, su artículo 9º indicó los eventos en los cuales deben ser desestimadas las pruebas testimoniales relativas a los hechos en que se fundamente el derecho a obtener la pensión.

FUENTE FORMAL: LEY 50 DE 1886 – ARTICULO 5 / LEY 50 DE 1886 – ARTICULO 7 / LEY 50 DE 1886 – ARTICULO 8 / LEY 50 DE 1886 – ARTICULO 9

PENSION DE JUBILACION - Régimen pensional de los parlamentarios / SENADOR O REPRESENTANTE A LA CÁMARA - Régimen especial de pensiones, reajustes y sustituciones / CONGRESISTAS - Incorporación al

Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud / REGIMEN DE TRANSICION - Congresistas

Al Parlamentario le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación en el 75% del ingreso mensual promedio que devenguen los Congresistas en ejercicio, cuando en tal condición cumpla con la edad, que ha de entenderse es de 50 años y con el tiempo de servicios de 20 años. Ahora bien, con fundamento en el artículo 48 de la Carta Política, se expidió la Ley 100 de 1993 que en su artículo 273, en relación con el régimen aplicable a los servidores públicos, preceptuó que el Gobierno Nacional, en acatamiento a lo dispuesto por los artículos 36 y 11 de dicha Ley, podía incorporar al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, respetando los derechos adquiridos a los servidores públicos, aún a los Congresistas. El Gobierno ejerció la facultad de incorporación otorgada, mediante el Decreto 691 de 1994, que en el literal b) de su artículo 1° en asocio con el artículo 2°, prescribió que a partir del 1° de abril de 1994, los servidores públicos del Congreso quedaban vinculados al nuevo Sistema General de Pensiones que fue previsto en la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de lo dispuesto por el Decreto 1359 de 1993 y las normas que lo modifiquen y adicionen.

FUENTE FORMAL: LEY 4 DE 1992 / DECRETO 1359 DE 1993 / DECRETO 691 DE 1994 / LEY 100 DE 1993 / DECRETO 1293 DE 1994 / DECRETO 1293 DE 1994

PENSION DE JUBILACION – Marco legal / RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS CONGRESISTAS – Ámbito de aplicación / PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD - No son admisibles las interpretaciones aisladas y fragmentarias de la norma

en lo que al Régimen Especial de los Congresistas se refiere, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 1359 de 1993, su ámbito de aplicación se contrae a quienes a partir del 18 de mayo de 1992, fecha de vigencia de la Ley 4ª de 1992, ostenten la calidad de Senador o Representante a la Cámara, es decir, que se encuentren para dicha fecha en el ejercicio del cargo o lo que es lo mismo en condición de actividad parlamentaria, debidamente posesionados y afiliados a la Entidad Pensional del Congreso, efectuando cumplidamente las cotizaciones y los aportes, tal como lo señala su artículo 4°. Igualmente, son destinatarios de este Régimen Especial, quienes habiendo sido Congresistas en el pasado y que estén pensionados, luego se reincorporen al servicio como Parlamentarios encontrándose en condición de activos a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992, efectuando el respectivo aporte al Fondo, para lo cual hayan renunciado temporalmente a recibir pensión de jubilación reconocida con anterioridad, siempre que el nuevo lapso de vinculación al Congreso no sea inferior a un año en forma continua o discontinua. Encuentra entonces la Sala, que el Régimen Especial que gobierna a los Congresistas no puede extender sus preceptivas a quienes no se hallen vinculados a la entidad de la cual derivan de manera directa e indefectible la especialidad del ordenamiento cuya aplicación se alega. Lo contrario sería pretender que la labor de un servidor por unos cuantos meses en la entidad amparada con un régimen especial, lo revista de sus beneficios; con lo que a todas luces, se estaría habilitando la incursión en la práctica ilegal comúnmente denominada carrusel pensional. Ello, aunado a que en atención al principio de inescindibilidad, en estas materias que revisten especial trascendencia social, no son admisibles las interpretaciones aisladas y fragmentarias de la norma, tomando solo apartes de sus contenidos, para aplicarlas a ciertos presupuestos de hecho; pues, sin lugar a dudas, ello implica el quebrantamiento del orden normativo establecido, que debe ser analizado y

aplicado en su conjunto, so pena de incurrir en el desconocimiento de su verdadero espíritu.

REGIMEN DE TRANSICION – Ostentar la calidad de congresista / REGIMEN DE TRANSICION – Aplicación / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE LOS CONGRESISTAS - *status* jurídico favorable adquirido en el pasado / APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS CONGRESISTAS – Desnaturalización de la figura de la Transición

Para ser destinatario del Régimen de Transición de Congresistas, se requiere de una condición imprescindible, que no es otra que ostentar la calidad de Parlamentario a la fecha en que entra en vigor el Régimen General de Transición, circunstancia que no puede ser omitida. En otras palabras, es preciso determinar en cada caso en particular, si se reúnen los requisitos de ley necesarios para ser beneficiario del Régimen de Transición y ello se torna en absolutamente necesario, porque el hecho de estimar que se es beneficiario del régimen, con ocasión de haber sido miembro del cuerpo legislativo por escasos meses, no implica que la pensión jubilaria se deba reliquidar con sujeción al mismo. El Régimen de Transición de los Congresistas se constituye entonces, en la proyección del *status* jurídico favorable adquirido en el pasado, por encontrarse en condición de actividad congresional, que permite resguardar las expectativas conforme a la normativa que luego fue retirada del ordenamiento jurídico. Pero que a su turno, no puede prolongarse en el tiempo, es decir, más allá de la vigencia del Régimen General de Transición, porque de ser así, sería tanto como pretender su aplicación en forma virtual, como una opción en el tiempo mucho después de la vigencia de la Ley Particular, situación que desnaturalizaría la figura de la Transición y que de paso impediría que el Régimen de Transición ordinario cumpliera con su misión de unificar el sistema pensional dejando de lado los regímenes especiales de pensiones, entre ellos, el de los Parlamentarios. Aunado a lo anterior la Sala considera necesario precisar, que no puede perderse de vista, que desde la perspectiva constitucional, la garantía de los derechos adquiridos - que para el efecto de los requisitos prestacionales se equipara a la proyección en el tiempo de una situación jurídicamente protegida y que, a la luz de la doctrina sobre el tema expresada en nuestra jurisprudencia integra el componente doctrinario que soporta la institución del Régimen de Transición-, proyecta en la resolución de los conflictos pensionales una serie de consecuencias objetivas.

PENSION DE JUBILACION – Nulidad del acto de reconocimiento / NULIDAD DEL ACTO DE RECONOCIMIENTO PENSIONAL - Incumplimiento del presupuesto legal necesario de los 20 años de tiempo de servicio

encuentra la Sala, que el demandado prestó sus servicios al Estado en calidad de Senador, de manera interrumpida, entre los años 1974 y 1990; con lo que es evidente, que en su caso particular, no se cumplen los presupuestos de hecho requeridos para la aplicación del Régimen Especial de Congresistas; porque tal como se infiere del análisis de la normativa pensional de los Parlamentarios, no ostentó la calidad de Congresista a partir de la vigencia de la Ley 4ª de 1992, es decir, a partir del 18 de mayo de 1992. En la misma perspectiva se establece, que tampoco le es aplicable el Régimen de Transición de los Parlamentarios, pues, aunque para el 1º de abril de 1994, fecha de vigencia de la Ley 100 de 1993, superó la edad de 40 años; lo cierto es, que en esa época no era miembro del cuerpo legislativo, condición que como se analizó en apartado precedente, es indispensable para ser beneficiario de dicho régimen, pues está probado que inició su actividad Senatorial a partir de 1974, situación que lo ubica como destinatario del régimen general. Y es que se debe recordar, como se estableció en párrafo

antecedente, que el Régimen de Transición de los Parlamentarios está encaminado a brindar protección a las expectativas de quienes se encontraban prestando sus servicios como Congresistas a la fecha de vigencia de la Ley que regula el sistema general de pensiones. Corolario de lo anterior se encuentra, que le asiste razón al *a quo* cuando decretó la nulidad del acto administrativo acusado en virtud del cual el Fondo reconoció la pensión de jubilación al accionado, no obstante el incumplimiento del presupuesto legal necesario de los 20 años de tiempo de servicio. Como también es acertada la decisión de no decretar en su contra la devolución de los dineros percibidos ante la no comprobación de mala fe de su parte.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-25-000-2005-10200-01(2625-11)

**Actor: FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA
-FONPRECON**

Demandado: JOSÉ GUILLERMO CASTRO CASTRO

AUTORIDADES NACIONALES

- F A L L O -

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada, contra la sentencia de 27 de julio de 2011 proferida por la Sección Segunda, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió a las súplicas de la demanda instaurada por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República -FONPRECON-, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la modalidad de lesividad, contra el acto administrativo que profirió, en virtud del cual reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación al señor JOSÉ GUILLERMO CASTRO CASTRO.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en la modalidad de lesividad, FONPRECON por conducto de apoderado judicial,

presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a fin de obtener la nulidad, previa suspensión cautelar, de la Resolución No. 991 de 29 de agosto de 1996 a través de la cual reconoció la pensión de jubilación al señor JOSÉ GUILLERMO CASTRO CASTRO, emitida por la Dirección General del Fondo.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que se ordene retirar al accionado de la nómina de pensionados; que se declare que debe reintegrar la totalidad de los valores pagados por la pensión reconocida; y, que se decrete la suspensión provisional de los efectos del acto cuya nulidad demanda.

Relató FONPRECON en el acápite de **hechos** que por medio de la Resolución No. 991 de 29 de agosto de 1996 ordenó reconocer a favor del demandado, la pensión mensual vitalicia de jubilación en cuantía de \$2.178.278,54 a partir del 28 de noviembre de 1992, en atención a que había laborado para el Estado por el lapso de 20 años, 6 meses y 3 días, dentro de los cuales se contabilizaron 5 años, 3 meses y 2 días de servicios prestados en la Notaría Única de la Paz - Cesar, antes Municipio de Robles.

Pero, luego de analizado el expediente administrativo, se encontró certificación de 17 de noviembre de 1995, en la que el Notario Único del Círculo de la Paz - Cesar informó, que en los archivos de la Notaría entre los años 1964 y 1966, no reposaba nombramiento, acta de posesión, nómina, recibos o planillas en las que apareciera que el accionado hubiera laborado en dicha Notaría. Sólo se tienen como prueba supletoria, para acreditar los tiempos laborados en la referida Notaría, declaraciones extrajuicio rendidas ante el Notario Único del Círculo de San Diego - Cesar y el Notario Único del Círculo de Agustín Codazzi, de 8 de mayo de 1995 y 15 de diciembre (sic) de 1996, respectivamente.

Al existir la aludida certificación, no era procedente tener en cuenta la prueba supletoria, porque de conformidad con la Ley 50 de 1886, esta última resulta viable, sólo cuando se verifica el desaparecimiento de los archivos donde han debido reposar las pruebas preestablecidas de los hechos, además, los testimonios no cumplían con los requisitos exigidos por el artículo 9° de dicha ley.

Por no reunir el tiempo de servicio de 20 años exigido según el artículo 7° del Decreto 1359 de 1993, sino sólo 15 años y 3 meses de servicio, al demandado no le asistía el derecho al reconocimiento de la pensión jubilatoria.

Invocó como **normas violadas** los artículos 17° de la Ley 4ª de 1992; 7° de su Decreto Reglamentario 1359 de 1993 y la Ley 50 de 1886.

Insistió en que no era posible el reconocimiento de la pensión de jubilación, porque el demandado no acreditó los 20 años de servicios, sino sólo 15 años y 3 meses, pues el tiempo de servicios no puede ser validado con prueba supletoria, tal como lo informa la Ley 50 de 1886. En efecto, los testigos no expresaron razón clara y precisa por la cual tuvieron conocimiento de los hechos, los testimonios no fueron rendidos en presencia de funcionarios encargados del reconocimiento prestacional y, no se verificó que hayan desaparecido los archivos en los que ha debido reposar la prueba preestablecida de los hechos.

TRÁMITE DEL PROCESO

En escrito inserto en el libelo demandatorio, FONPRECON solicitó la **suspensión provisional** del acto administrativo atacado, porque no existe norma que permita gozar de la pensión mensual vitalicia de jubilación con 15 años y 3 meses de servicios, único tiempo que se encuentra acreditado. (fls. 161 a 163 cdn. ppal.).

Por medio de proveído de 3 de febrero de 2006, el Tribunal admitió la demanda y negó la solicitud de suspensión provisional de la actuación censurada por considerar, que es necesario realizar el estudio de las normas invocadas por la Administración al expedir el acto acusado y confrontarlo con la normativa aplicable al caso, de igual manera realizar la valoración probatoria que haga posible tener certeza sobre la manifiesta infracción a la Constitución o a la ley, lo que es propio de una sentencia de mérito. (fls. 167 a 169 cdn. ppal.).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El demandado mediante apoderado judicial sostuvo, que validó una parte del tiempo de servicio con prueba supletoria, pues era un procedimiento autorizado por la ley, precisamente por las situaciones que se presentaban en esa época en la que los archivos públicos no eran guardados conforme a las tecnologías previamente establecidas; situación que antes que constituirse en una falla

provocada por los ciudadanos, era estructural del Estado, quien en efecto la reconoció, al validar el procedimiento supletorio y de paso evitó que se desconocieran los derechos de las personas.

Con esta demanda antes que buscarse la nulidad del acto administrativo, lo que se pretende es la nulidad de una prueba, con fundamento en una simple interpretación de la norma, que autoriza las declaraciones extrajuicio en casos extremos de ausencia de archivos en oficinas públicas.

Y si se trataba de cuestionar las declaraciones extrajuicio ante Notario, el tiempo para hacerlo ya transcurrió, porque las mismas se recibieron el 8 de mayo de 1996 (sic) y la acción impetrada caduca a los 4 meses y de igual manera, el acto administrativo de reconocimiento fue expedido el 29 de agosto de 1996, por lo que también transcurrieron los términos legales de caducidad.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca en decisión de 27 de julio de 2011, accedió a las súplicas de la demanda interpuesta por el Fondo declarando la nulidad del acto enjuiciado y en consecuencia ordenó retirar al demandado de la nómina de pensionados.

Señaló, que el tiempo de servicio presuntamente laborado por el accionado en la Notaría Única de la Paz - Cesar, que fue incluido en la contabilización de los 20 años de servicio para el reconocimiento pensional, no se encuentra legalmente demostrado. En efecto, el lapso de 5 años, 3 meses y 2 días que trabajó en dicha Notaría, no se probó con documentos u otra clase de pruebas preestablecidas en la ley, como tampoco se justificó el no haberlas encontrado, para tener como válidos los testimonios, que de paso, no reúnen las condiciones establecidas en el artículo 9° de la Ley 50 de 1886.

No accedió al decreto de la devolución de los dineros percibidos irregularmente por el demandado, porque no se probó la mala fe de su parte.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia el accionado interpuso el recurso de alzada.

Indicó, que se certificó con relación a que no se encontraron determinados documentos, pero no sobre la ausencia de labores en la Notaría, motivo por el cual se recurrió a las declaraciones extrajuicio, que por demás, no se tacharon como falsas y fueron signadas por la Personera Municipal, con lo que se tiene que cumplieron con el requisito legal. Además, la carga probatoria en este asunto le incumbía al Fondo, quien de igual manera debió centrar la demanda en demostrar la ausencia de los aportes necesarios para la obtención del derecho.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte demandante** insistió de un lado, en que la certificación emitida por el Notario Único del Circulo de la Paz - Cesar permite inferir, que no existió relación laboral alguna entre dicha notaría y el demandado, y de otro, en que la supletoria no se agotó conforme a los requisitos legales.

La **parte demandada** reiteró los argumentos expuestos en el recurso de alzada.

El **Agente del Ministerio Público** guardó silencio en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

En esta oportunidad el problema jurídico se contrae a establecer, si al demandado, quien laboró como Congresista en forma discontinua entre **1970 y 1990**, le asistía el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación por parte de FONPRECON, quien para efecto de contabilizar el tiempo de servicio, tuvo en cuenta una prueba supletoria.

Como quiera que la controversia gira en torno a las probanzas que permiten acreditar el tiempo de labores a fin de obtener el reconocimiento pensional por parte de un ex Parlamentario; es necesario inicialmente, hacer el recuento y análisis, de un lado, de las normas que regulan la prueba supletoria y de otro, de aquellas que reglan el Régimen Pensional de los Congresistas, para luego examinar si con fundamento en dichas preceptivas y estudiados los medios de

convicción que reposan en el expediente, al Fondo le asiste la razón en lo que pretende.

DE LA PRUEBA SUPLETORIA PARA ACREDITAR TIEMPO DE SERVICIO

En lo que se torna pertinente a fin de decidir la controversia, como referente normativo alusivo a la situación prestacional de los empleados, aparece la **Ley 50 de 1886**¹, por medio de la cual se fijaron las reglas sobre la concesión de pensiones y jubilaciones.

Esta ley en su artículo 5° dispuso, que **toda pensión** del Tesoro Nacional era por naturaleza una **recompensa** a los grandes o largos servicios a la Patria, por lo que gozaba de un carácter exclusivamente personal.

En el artículo 11 estipuló, que los empleados civiles que desempeñaran destinos o empleos de manejo, judiciales o políticos, por lo menos por **20 años**, con inteligencia y pureza, tenían derecho a la **pensión de jubilación**, siempre que comprobaran justa opción a recompensa por: 1. Haberse inutilizado en el servicio y no tener medios de procurarse la subsistencia o ser mayor de 60 años; 2. No haber sido rebelde ni sindicado de tal contra el Gobierno bajo cuyo servicio se ha hallado; 3. No haber sido acusado ni tildado de prevaricador, debiendo comprobar con **documentos auténticos** sus servicios y que no han sufrido alcance ni remoción por mal manejo, incuria u omisión.

Según su artículo 7°, **no era admisible la prueba testimonial** para comprobar los hechos que debían constar en documentos o pruebas preestablecidas por las leyes, por tanto, los empleos que hubiera tenido un ciudadano se debían comprobar con los nombramientos respectivos; los servicios de un individuo debían constar en los actos oficiales que ejecutara y de los que debió quedar prueba escrita; y, todos los hechos de la misma naturaleza debían ser probados con los **documentos respectivos o con sus copias auténticas**.

Como lo señaló el artículo 8°, si los archivos donde reposaban las pruebas preestablecidas de los hechos que debían comprobarse con arreglo a esta ley han desaparecido, el interesado debe recurrir a los documentos que pudieran reemplazar los perdidos o a otras oficinas o archivos donde pudieran hallarse

¹ Ley 50 de 11 de noviembre de 1886 “*Que fija reglas generales sobre concesión de pensiones y jubilaciones*”.

estas pruebas. **La prueba testimonial no es admisible sino en caso de falta absoluta, bien justificada de las pruebas preestablecidas y escritas. La prueba supletoria es admisible, cuando se acredite de modo satisfactorio que no se pudo establecer oportunamente prueba escrita y las razones por las cuales esto sucedió.**

Y, su artículo 9^o² indicó los eventos en los cuales deben ser desestimadas las pruebas testimoniales relativas a los hechos en que se fundamente el derecho a obtener la pensión.

RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS PARLAMENTARIOS

Para lo que interesa a fin de dar solución al debate, conviene resaltar que la **Carta Política de 1991, en los literales e) y f) del numeral 19 de su artículo 150**, atribuyó al Legislador competencia para dictar normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de **los miembros del Congreso Nacional** y de la Fuerza Pública, así como para regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

El Legislador ejerció esta atribución mediante la expedición de la **Ley 4ª de 1992**, en la que señaló al Gobierno Nacional, tal como lo indica el literal c) de su

² Artículo 9. "En todo caso en que conforme a esta ley, el Código Militar o a cualquiera otra disposición hayan de presentarse a cualquiera autoridad o empleado pruebas testimoniales relativas a hechos que funden derecho a obtener pensión, dichas pruebas serán desestimadas cuando no contengan, además de las condiciones generales de todo testimonio, las siguientes: 1ª Que el testigo de razón clara y precisa de su dicho o sea que exprese de qué modo tuvo conocimiento de los hechos sobre que declara; y que de esta expresión resulte que el testigo declara de sus propias y directas percepciones, de forma que lo que él afirma sea lo que vio, oyó o en general **percibió directamente**; 2ª Respecto de los hechos crónicos que el testigo afirme, debe asimismo expresar si estuvo presente a todos los hechos que racionalmente dejan establecida la cualidad de cronológicos de los hechos sobre que declara; 3ª Que el funcionario que recibe la declaración haga constar que él mismo la recibió personalmente oyéndola del testigo y haciendo a éste todas las preguntas conducentes a establecer el convencimiento de su veracidad y de su pleno conocimiento de los hechos que declara y distintamente afirma. // a) La negligencia del funcionario en hacer que la declaración llene las condiciones que aquí se exigen y las demás generales de todo testimonio, vicia la declaración. b) Los funcionarios que en cualquier caso deban apreciar pruebas testimoniales en los asuntos de que trata la ley o el Código Militar, para el efecto de conceder pensiones o recompensas a cargo de la Nación, tienen el deber de examinar por sí mismos los testigos cuantas veces sea útil o necesario, cuando éstos se hallen en el mismo lugar que aquellos funcionarios, o, en caso contrario, a la más alta autoridad judicial o política del lugar de la residencia de los testigos. El examen en este y en todo caso, no debe limitarse a las preguntas que hagan los interesados, sino que debe extenderse a todos los hechos y circunstancias que hagan conocer toda la verdad en la materia de que se trata, y respecto de las condiciones intelectuales y morales del testigo. c) En todo caso estará presente al acto de las declaraciones el respectivo agente del Ministerio Público para que pueda hacer las preguntas que estime conveniente y para que vigile que el testimonio sea recibido con todas las formalidades y requisitos legales".

artículo 1° y su artículo 2°, los objetivos y criterios que debe observar para fijar el régimen salarial y prestacional, entre otros, de los miembros del Congreso Nacional.

En su artículo 17³, en términos generales prevé la posibilidad de que el Gobierno establezca un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones para los Senadores y Representantes, que **no puede ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que devenguen los Congresistas**, de la siguiente manera:

“Artículo 17. *El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los representantes y senadores. Aquellas y éstas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, [durante el último año], [y por todo concepto], perciba el congresista. [Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal]⁴.*

Parágrafo. *La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que [por todo concepto]⁵ devenguen los representantes y senadores en la fecha en que se decrete la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva”.*

Fue así como en ejercicio de dichas facultades, el Presidente de la República, expidió el **Decreto 1359 de 1993⁶**, que estableció el **Régimen Especial de Pensiones, reajustes y sustituciones** aplicable a quienes a partir de la vigencia de la Ley 4ª de 1992, **tengan la calidad de Senador o Representante a la Cámara.**

³ En la Sentencia C- 608 de 23 de agosto de 1999, la Corte Constitucional declaró exequible en forma condicionada el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, considerando que el trato especial para los Congresistas en cuanto a su remuneración, tiene origen en el artículo 187 de la Carta Política, por lo que para el mismo Constituyente no resulta indebido que para ellos se establezca en consideración a su función, un régimen diferente al general aplicable a los demás servidores públicos. Estimó además, que mientras el Legislador no consagre disposiciones desproporcionadas o contrarias a la razón, puede prever regímenes especiales en material salarial y prestacional, como el de Senadores y Representantes que “*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*”.

⁴ Las expresiones “*durante el último año*”, “*y por todo concepto*”, “*Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal*”, fueron declaradas **inexequibles por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 7 de mayo de 2013**. Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵ La locución “*por todo concepto*” fue declarada **inexequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 7 de mayo de 2013**. Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶ Decreto 1359 de 13 de julio de 1993 “*Por el cual se establece un régimen especial de pensiones así como de reajustes y sustituciones de las mismas, aplicable a los senadores y representantes a la cámara*”.

Dicho Decreto en su artículo 1º señaló, que este Régimen **“en lo sucesivo se aplicará a quienes a partir de la vigencia de la Ley 4ª de 1992, tuvieron la calidad de Senador o Representante a la Cámara”**⁷.

En su artículo 4º prescribió, que para que un Congresista pueda acceder a la aplicación de dicho Régimen Especial, debe **“Encontrarse afiliado a la Entidad Pensional del Congreso⁸ y estar efectuando cumplidamente las cotizaciones o aportes respectivos a la misma”**, al igual que **“Haber tomado posesión de su cargo”**.

Su artículo 7º, definió el derecho a la pensión vitalicia de jubilación, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 7o. DEFINICIÓN. Cuando quienes en su condición de Senadores o Representantes a la Cámara, lleguen o hayan llegado a la edad que dispone el artículo 1o, parágrafo 2o de la Ley 33 de 1985 y **adicionalmente cumplan o hayan cumplido 20 años de servicios, continuos o discontinuos en una o en diferentes entidades de derecho público incluido el Congreso de la República, o que los hayan cumplido y cotizado en parte en el sector privado y ante el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, conforme a lo dispuesto en el artículo 7o de la Ley 71 de 1988, tendrán derecho a una pensión vitalicia de jubilación que no podrá ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio, que [durante el último año] [y por todo concepto]**⁹ devenguen los Congresistas en ejercicio, de conformidad con lo establecido en los artículos 5o y 6o del presente Decreto.

(...)”.

Por manera, que al Parlamentario le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación en el **75% del ingreso mensual promedio que devenguen**

⁷ La Ley 4ª de 1992, en su artículo 22 dispone que rige a partir de la fecha de su promulgación, que lo fue el 18 de mayo de 1992, en el Diario Oficial No. 40451.

⁸ De conformidad con lo dispuesto por el artículo 2º del Decreto No. 1359 de 1993, el Fondo de Previsión Social del Congreso se denominó Entidad Pensional del Congreso, para los efectos de dicho Decreto.

⁹ Se destaca que esta norma igualmente sufrió modificaciones en razón de que la Corte Constitucional en la **Sentencia C-258 de 2013**, declaró la inexecutable de varias expresiones contenidas en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992; lo que significa, que de su texto se deben excluir las locuciones **“durante el último año”** y **“por todo concepto”**.

los Congresistas en ejercicio, cuando en tal condición cumpla con la edad, que ha de entenderse **es de 50 años**¹⁰ y con el **tiempo de servicios de 20 años**.

Ahora bien, con fundamento en el artículo 48 de la Carta Política, se expidió la **Ley 100 de 1993**¹¹, que en su artículo 273, en relación con el régimen aplicable a los servidores públicos, preceptuó que el Gobierno Nacional, en acatamiento a lo dispuesto por los artículos 36 y 11 de dicha Ley, podía incorporar al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, respetando los derechos adquiridos a los servidores públicos, aún a los Congresistas.

El Gobierno ejerció la facultad de incorporación otorgada, mediante el Decreto 691 de 1994¹², que en el literal b) de su artículo 1º en asocio con el artículo 2º, prescribió que a partir del 1º de abril de 1994, los servidores públicos del Congreso quedaban vinculados al nuevo Sistema General de Pensiones que fue previsto en la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de lo dispuesto por el Decreto 1359 de 1993 y las normas que lo modifiquen y adicionen.

Y en su artículo 2º dispuso, que dicho sistema para los servidores públicos del orden nacional incorporados en virtud de su artículo 1º comenzaba a regir a partir del 1º de abril de 1994.

Posteriormente, el **Decreto 1293 de 1994**¹³, en concordancia con lo establecido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 e invocando el artículo 17 de la Ley 4ª de

¹⁰ Tal como la Sección lo consideró en anteriores oportunidades en Sentencia de 29 de mayo de 2003. Expediente 3054-2002. Consejero Ponente Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado; Sentencia de 12 de febrero de 2009. Expediente 1732-2008. Consejera Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez; Sentencia de 14 de octubre de 2010. Expediente 2036-2008. Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila; la edad a la que hace referencia el artículo 7º del Decreto 1359 de 1993, es de 50 años en razón a que no es la indicada en la regla general de la Ley 33 de 1985, sino la señalada en el Parágrafo 2º de su artículo 1º, que remite a la norma especial que rige con anterioridad, que no es otra, que el Decreto 1723 de 1964, que en el literal b) de su artículo 2º, exige la edad de **50 años** para efecto de obtener la pensión de jubilación.

¹¹ Ley 100 de 1993 “*Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones*”. Esta Ley empezó a regir el 1º de abril de 1994.

¹² Decreto 691 de 29 de marzo de 1994 “*Por el cual se incorporan los servidores públicos al Sistema General de Pensiones y se dictan otras disposiciones*”.

¹³ Decreto 1293 de 24 de junio de 1994 “*Por el cual se establece el régimen de transición de los senadores, representantes, empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión Social del Congreso y se dictan normas sobre prestaciones sociales y económicas de tales servidores públicos*”.

1992, **fijó el Régimen de Transición de los Congresistas**, de los empleados del Congreso y del Fondo de Previsión Social del Congreso -Fonprecon-.

En su artículo 1° señaló, que el Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993 se aplica a dichos servidores, con excepción de los cubiertos por este Régimen de Transición.

En el artículo 2°, dispuso que los Senadores, los Representantes, los empleados del Congreso de la República y los empleados de Fonprecon, tendrán derecho a los beneficios del Régimen de Transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, **siempre que a 1° de abril de 1994**, hayan reunido alguno de los siguientes requisitos: a) haber cumplido 40 o más años de edad si son hombres o 35 o más años de edad, si son mujeres o b) haber cotizado o prestado servicios durante 15 años o más.

Se resalta que el Parágrafo del artículo 2° del Decreto 1293 de 1994, fue declarado nulo por el Consejo de Estado en Sentencia de 27 de octubre de 2005, radicado: 5677-03, actor: Jorge Manuel Ortiz Guevara, Consejera Ponente Dra. Ana Margarita Olaya Forero¹⁴.

El aludido Decreto en el artículo 3° indica, que cuando los Senadores y Representantes, cumplan **con alguno** de los requisitos previstos en el artículo 2° para acceder al Régimen de Transición, tendrán derecho al reconocimiento de su pensión de jubilación cuando reúnan los requisitos de edad y tiempo de servicios o número de semanas cotizadas establecidos por el Decreto 1359 de 1993, es decir, con la edad de 50 años¹⁵ y con el tiempo de servicios de 20 años, así como el

¹⁴ En la misma dirección la Corte Constitucional consideró en las conclusiones de la **Sentencia C-258 de 2013**, que “...*resulta claro que el régimen dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, es constitucional si se entiende que: (i) no puede extenderse el régimen pensional allí previsto, a quienes con anterioridad al 1° de abril de 1994, lo cual incluye lo establecido en el artículo 2 del Decreto 1293 de 1994, no se encontraren afiliados al mismo...*”.

¹⁵ Tal como la Sección lo consideró en anteriores oportunidades en Sentencia de 29 de mayo de 2003. Expediente 3054-2002. Consejero Ponente Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado; Sentencia de 12 de febrero de 2009. Expediente 1732-2008. Consejera Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez; Sentencia de 14 de octubre de 2010. Expediente 2036-2008. Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila; la edad a la que hace referencia el artículo 7° del Decreto 1359 de 1993, es de 50 años, en razón a que no es la indicada en la regla general de la Ley 33 de 1985, sino la señalada en el Parágrafo 2° de su artículo 1°, que remite a la norma especial que rige con anterioridad, que no es otra, que el Decreto 1723 de 1964, que en el literal b) de su artículo 2°, exige la edad de **50 años** para efecto de obtener la pensión de jubilación.

monto de la pensión, forma de liquidación de la misma e ingreso base de liquidación establecidos en el mismo Decreto¹⁶.

El **Decreto 816 de 2002**¹⁷, en su artículo 11, en lo que concierne a la liquidación de la pensión para Congresistas en Régimen de Transición de Congresistas, dispuso que dicha liquidación y la pensión que corresponda a los sustitutos pensionales, no puede ser inferior al **75% del ingreso promedio mensual que haya percibido dicho Congresista**¹⁸.

Y en su Parágrafo¹⁹, estableció los eventos en los cuales de conformidad con los Decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994, **no** se tiene derecho a la aplicación de dicho Régimen de Transición. La Sala advierte, que este **Parágrafo fue declarado nulo en su totalidad** por la Sección²⁰, al igual que el inciso 1º del artículo 17 del Decreto en mención, modificado por el artículo 1º del Decreto 1622 de 2002, que hace alusión a los Congresistas en el Régimen General de Pensiones.

En su artículo 12, hizo referencia a la Reliquidación de Pensiones para Congresistas en Régimen de Transición de Congresistas y en su artículo 13 contempló el Reajuste de Pensiones²¹.

¹⁶ Que debe entenderse con las modificaciones que fueron incorporadas con ocasión de la **Sentencia C-258 de 2013 de la Corte Constitucional**, que declaró la inexecutable de varias locuciones del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992.

¹⁷ Decreto 816 de 25 de abril de 2002 “*Por el cual se dictan normas para el reconocimiento, liquidación, emisión, recepción, expedición, administración, redención y demás condiciones de los bonos pensionales del Fondo de Previsión Social del Congreso y se dictan otras disposiciones en materia de pensiones*”.

¹⁸ Se destaca que esta norma igualmente sufrió modificaciones en razón de que la Corte Constitucional en la **Sentencia C-258 de 2013** declaró la inexecutable de varias expresiones contenidas en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992; lo que significa que de su texto se debe excluir la frase “*durante el último año calendario de servicio*”.

¹⁹ El texto del Parágrafo es el siguiente: “*De conformidad con los Decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994, no tienen derecho a la aplicación del régimen de transición de congresistas las personas que: a) Se hubieren trasladado al Régimen de Ahorro Individual; b) Hubieren sido elegidos como congresistas por primera vez para la legislatura de 1998 y posteriores o que habiendo sido elegidos en legislaturas anteriores, no hubiesen tomado posesión del cargo; c) Los congresistas que hubieren tenido tal calidad con anterioridad a la legislatura de 1998 pero al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones se encontraban vinculados a otro régimen; d) Quienes teniendo el régimen de transición de congresistas no se pensionen como congresistas, salvo el caso previsto en el artículo 14 del presente decreto*”.

²⁰ El **Parágrafo del artículo 11 del Decreto 816 de 2002**, fue declarado **nulo** por el Consejo de Estado en Sentencia de 2 de abril de 2009, radicado: 5678-03, actor: Jorge Manuel Ortiz Guevara, Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

²¹ Estas disposiciones se entienden modificadas según lo dispuesto por la Corte Constitucional en la **Sentencia C-258 de 2013** que declaró la inexecutable de las expresiones “*durante el último año*”, “*y por todo concepto*”, “*Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal*” contenidas en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992.

ANÁLISIS DEL MARCO LEGAL

De todo lo anterior infiere la Sala, que en el devenir histórico normativo, en un principio, la pensión de jubilación se concibió como una recompensa a la que el servidor se hacía merecedor, con el desempeño del empleo por 20 años; tiempo de servicio, que debía comprobar con documentos auténticos, cuya inexistencia, habilitaba recurrir a los documentos que reemplazaran los perdidos o a otras oficinas o archivos en los que se pudieran encontrar; de manera que, la prueba testimonial supletoria solo tenía cabida en caso de que la prueba escrita faltara de manera absoluta y bien justificada.

Para efecto de la obtención de la pensión jubilatoria, la ley exigió y demanda en la actualidad, la existencia de dos elementos básicos que son: la edad y el tiempo de servicios, sin que varíe el lapso de este último, que es de 20 años y con su debida acreditación documental.

De otro lado, en lo que al Régimen Especial de los Congresistas se refiere, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 1359 de 1993, su ámbito de aplicación se contrae a quienes a partir del 18 de mayo de 1992, fecha de vigencia de la Ley 4ª de 1992, ostenten la calidad de Senador o Representante a la Cámara, es decir, que se encuentren para dicha fecha en el ejercicio del cargo o lo que es lo mismo en condición de actividad parlamentaria, debidamente posesionados y afiliados a la Entidad Pensional del Congreso, efectuando cumplidamente las cotizaciones y los aportes, tal como lo señala su artículo 4⁰²².

Igualmente, son destinatarios de este Régimen Especial, quienes habiendo sido Congresistas en el pasado y que estén pensionados, luego se reincorporen al servicio como Parlamentarios encontrándose en condición de activos a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992, efectuando el respectivo aporte al

²² En esta misma dirección la Corte Constitucional en la **Sentencia C-258 de 2013** consideró, “*Esta Corporación declarará la inexecutable de las expresiones “y por todo concepto” y “por todo concepto”, contenidas en el inciso primero y en el párrafo, respectivamente, del artículo 17 de la Ley 4 de 1992.// En este caso, ante la expulsión del ordenamiento de las expresiones en comento y en vista del mandato del Acto Legislativo 01 de 2005 en el sentido de que “[p]ara la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”, la Sala considera necesario además condicionar la executable del resto del precepto censurado en el entendido de que como factores de liquidación de la pensión, solo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas al sistema de pensiones”.*

Fondo, para lo cual hayan renunciado temporalmente a recibir pensión de jubilación reconocida con anterioridad, siempre que el nuevo lapso de vinculación al Congreso no sea inferior a un año en forma continua o discontinua.

Encuentra entonces la Sala, que el Régimen Especial que gobierna a los Congresistas no puede extender sus preceptivas a quienes no se hallen vinculados a la entidad de la cual derivan de manera directa e indefectible la especialidad del ordenamiento cuya aplicación se alega.

Lo contrario sería pretender que la labor de un servidor por unos cuantos meses en la entidad amparada con un régimen especial, lo revista de sus beneficios; con lo que a todas luces, se estaría habilitando la incursión en la práctica ilegal comúnmente denominada carrusel pensional²³.

Ello, aunado a que en atención al principio de inescindibilidad, en estas materias que revisten especial trascendencia social, no son admisibles las interpretaciones aisladas y fragmentarias de la norma, tomando solo apartes de sus contenidos, para aplicarlas a ciertos presupuestos de hecho; pues, sin lugar a dudas, ello implica el quebrantamiento del orden normativo establecido, que debe ser analizado y aplicado en su conjunto, so pena de incurrir en el desconocimiento de su verdadero espíritu.

Y, en lo que concierne al Régimen de Transición de los Congresistas, establecido por el Decreto 1293 de 1994, entendido el régimen de transición como aquel que busca proteger expectativas pensionales a futuro, pero que se enmarquen en el régimen pensional vigente al momento de expedición de la nueva Ley²⁴; tal como

²³ En igual sentido la Corte Constitucional en la **Sentencia C-608 de 1999** consideró, que se rompe el equilibrio mínimo y de paso se afecta el derecho a la igualdad, cuando se puede acceder a la pensión jubilatoria con un tiempo de ejercicio en la actividad congresional que solo comprende pocos meses. Al efecto señaló “... sería contrario a los objetivos de la pensión y rompería un equilibrio mínimo, afectando el postulado de la igualdad, el hecho de que pudiese acceder a la pensión, tomando el promedio que en general devengan los congresistas durante el mencionado periodo, **si el promedio personal y específico es distinto, por ejemplo cuando el tiempo de ejercicio del Congresista cubre apenas unos pocos meses**”.

²⁴ La Corte Constitucional en Sentencia C-789 de 2002, consideró con relación al Régimen de Transición que: “La creación de un régimen de transición constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo, no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo”.

lo determinó la Sección²⁵, extiende su cobertura a quien siendo Congresista para el 1° de abril de 1994 -vigencia de la Ley 100 de 1993-, además cumpla con la edad -40 años o más si es hombre o 35 años o más si es mujer- o la cotización o el tiempo de servicios por 15 años o más.

De esta suerte, para ser destinatario del Régimen de Transición de Congresistas, se requiere de una condición imprescindible, que no es otra que ostentar la calidad de Parlamentario a la fecha en que entra en vigor el Régimen General de Transición, circunstancia que no puede ser omitida.

En otras palabras, es preciso determinar en cada caso en particular, si se reúnen los requisitos de ley necesarios para ser beneficiario del Régimen de Transición y ello se torna en absolutamente necesario, porque el hecho de estimar que se es beneficiario del régimen, con ocasión de haber sido miembro del cuerpo legislativo por escasos meses, no implica que la pensión jubilatoria se deba reliquidar con sujeción al mismo.

El Régimen de Transición de los Congresistas se constituye entonces, en la proyección del *status* jurídico favorable adquirido en el pasado, por encontrarse en condición de actividad congresional, que permite resguardar las expectativas conforme a la normativa que luego fue retirada del ordenamiento jurídico.

Pero que a su turno, no puede prolongarse en el tiempo, es decir, más allá de la vigencia del Régimen General de Transición, porque de ser así, sería tanto como pretender su aplicación en forma virtual, como una opción en el tiempo mucho después de la vigencia de la Ley Particular, situación que desnaturalizaría la figura de la Transición y que de paso impediría que el Régimen de Transición ordinario cumpliera con su misión de unificar el sistema pensional dejando de lado los regímenes especiales de pensiones, entre ellos, el de los Parlamentarios.

Aunado a lo anterior la Sala considera necesario precisar, que no puede perderse de vista, que desde la perspectiva constitucional, la garantía de los derechos adquiridos -que para el efecto de los requisitos prestacionales se equipara a la

²⁵ Sentencia de 2 de abril de 2009, radicado: 5678-03, actor: Jorge Manuel Ortiz Guevara, Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve, que **declaró la nulidad del párrafo del artículo 11 y del inciso 1° del artículo 17 del Decreto 816 de 2002, este último artículo modificado por el artículo 1° del Decreto 1622 de 2002.** En similar sentido Sentencia de 7 de septiembre de 2006, radicado 9798-05, actor Paulina Consuelo Salgar de Montejó, Consejero Ponente Dr. Jaime Moreno García.

proyección en el tiempo de una situación jurídicamente protegida y que, a la luz de la doctrina sobre el tema expresada en nuestra jurisprudencia integra el componente doctrinario que soporta la institución del Régimen de Transición-, proyecta en la resolución de los conflictos pensionales una serie de consecuencias objetivas.

En efecto, históricamente la constitucionalidad de las modificaciones prestacionales y aún salariales atribuidas a la competencia del Legislador, ha estado condicionada a la definición previa de los regímenes de transición en la aplicación de cualquier nueva regulación, que de manera sustancial afecte las situaciones jurídicas preestablecidas o en proceso de consolidación²⁶.

Lo precedente significa, que el denominado régimen de transición es un sistema de distinción en el tratamiento de derechos consolidados o en proceso de estructuración jurídica, lo cual trae como consecuencia, su carácter taxativo, que impide al intérprete en definición de litigios judiciales aplicar de manera llana el principio de favorabilidad, dado que ello implicaría la creación de una discriminación positiva no prevista por el Legislador con grave detrimento al principio de equidad.

Por manera, que la extensión en forma indiscriminada de un régimen de transición a beneficiarios que ya han consolidado *status* jurídico, representa una instancia de violación de la ley por indebida aplicación de la misma, en razón a que sin que exista causa jurídica alguna, una situación gobernada y constituida a la luz del efecto cumplido, se reintegraría a una ley expedida posteriormente, para extraer

²⁶ Se debe recordar que la **Ley 33 de 1985 en el Parágrafo 2º de su artículo 1º** determinó el Régimen de Transición en los siguientes términos: *“Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley. // Quienes con 20 años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan 50 años de edad si son mujeres o 55 años si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían al momento de su retiro”*. Y, por su parte la **Ley 100 de 1993 en su artículo 36** lo estableció así: *“Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.// La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley (...)”*.

de esta última unas consecuencias no previstas por el Legislador, con lo que además de quebrantar el sistema jurídico correspondiente, se establece un sistema privilegiado, que en el caso específico de la seguridad social por razones pensionales, emerge totalmente extraño a lo previsto por el propio Constituyente, para el caso de lo reglado en el artículo 48 de la Carta Política conforme a las modificaciones del Acto Legislativo 1 de 2005, que integró al mundo de la seguridad social en materia pensional, el principio de la sostenibilidad financiera del sistema, que se proyecta en que en la liquidación de las pensiones, sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado cotización.

De igual modo se evidencia una clara vulneración de la ley por su aplicación indebida, cuando el Régimen de Transición Congressional se aplica a quienes ni siquiera tienen expectativa por consolidar, surgida como condición preexistente a la luz del Régimen Especial de los Parlamentarios. En otras palabras, se transgrede el sistema jurídico cuando se pretende, en la búsqueda del privilegio de la normativa especial, extender los beneficios de ese régimen particularísimo, no obstante encontrarse la situación claramente regida por la ley general, cuando se ha sido elegido para legislaturas posteriores a aquella, lo que de paso despoja de su efecto útil a la norma que justamente dispuso la incorporación al sistema general de pensiones.

En otros términos, el manejo no riguroso del régimen de transición a la luz de la Constitución vigente, además de la situación de discriminación positiva carente de causa, contribuye a desarticular principios constitucionales básicos para la sostenibilidad del sistema financiero de la seguridad social, lo cual a la postre degenera en la ocurrencia de beneficios pensionales de gracia, que a todas luces representan una carga injustificada para todos los ciudadanos que aportan al sistema.

En atención a las anteriores precisiones en cuanto al tiempo de servicio para adquirir la pensión jubilatoria y su acreditación al igual que en relación con el Régimen Especial y de Transición de los Congresistas, procede la Sala a definir la situación particular del accionado.

DE LO PROBADO EN EL PROCESO

Se tiene que el demandado nació el 3 de febrero de 1926. (fl. 17 cdn. 2).

Que el 3 de agosto de 1995, elevó petición ante Fonprecon, a fin de que le fuera reconocida la pensión de jubilación. (fl. 1 cdn. 2).

El Fondo por auto de 21 de noviembre de 1995 ordenó el archivo de la solicitud de pensión jubilatoria, en atención a que transcurrieron más de dos meses sin que el petente cumpliera con el requerimiento que se le hizo a fin de que acudiera ante la Superintendencia de Notariado y Registro para que hiciera constar “... *que efectivamente se agotaron todas las pruebas y la justificación de porque no aparece la prueba principal de cuando laboró en la Notaría Unica de la Paz Cesar antes Municipio de Robles... (Ley 50/1886)*”. (fls. 30 a 32 cdn. 2).

El 1° de diciembre de 1995, Fonprecon ordenó el desarchivo de la solicitud de reconocimiento pensional, habida cuenta que el 27 de noviembre de 1995 el apoderado del solicitante allegó certificación expedida por el Notario Único del Circulo de la Paz - Cesar, con fecha 17 de noviembre de la misma anualidad, en la que se señaló “*Que revisados los archivos llevados en La Notaría Unica de la Paz - Robles, antes Departamento del Magdalena hoy Departamento del Cesar, entre los años 1964 y 1966 no se encontró Resolución alguna, ni Decreto alguno de nombramiento, ni acta de posesión del señor JOSE GUILLERMO CASTRO CASTRO, vecino y residente en Valledupar... con Cédula de Ciudadanía Número 1.778.785,... como Auxiliar de la Notaría Unica de la Paz - Cesar, que así lo acredite, ni de otro u otros empleados subalternos, igualmente se constató la no existencia de confección de nómina de pago, recibos, planillas, etc., que establezcan el pago de los sueldos devengados por él o los auxiliares, como tampoco aparece de acuerdo con las actas de visitas practicadas por la Superintendencia de Notariado y Registro a través de sus visitadores, que ningún empleado de La Notaría se encontraba afiliado a Entidad de Previsión Social alguna*”. (fls. 35 y 36 cdn. 2).

El 2 de enero de 1996 Fonprecon le indicó al petente que le faltaban “*5 meses para completar los 20 años de servicio para la pensión de jubilación*”. (fls. 43 cdn. 2).

El 24 de abril de 1996 el Fondo señaló, que las declaraciones extrajuicio que fueron aportadas “... *deben ser recepcionadas con la presencia del Ministerio Público (Personero Municipal) de acuerdo a lo prescrito en el Literal c del artículo 9 de la Ley 50 de 1986 (sic), lo cual faltó en las allegadas) para poder tener en cuenta*”. (fls. 42 cdn. 2).

El 15 de mayo de 1996 el apoderado del solicitante aportó declaración extraproceso rendida el 8 de mayo de 1995 ante el Notario Único del Circulo

Notarial de San Diego - Cesar, por los señores Ciro Agustín Araujo Araujo y Julio Alcides Araujo Vega, en la que indican que conocen al hoy demandado "... desde hace más de cuarenta años y que por consiguiente, les constan que el señor CASTRO CASTRO laboró en la Notaría Única de La PAZ-CESAR, antes Municipio de Robles-Magdalena como AUXILIAR de esa Notaría, con una asignación mensual de doscientos cincuenta pesos moneda legal y a partir del diez de enero de mil novecientos sesenta y dos hasta el diecinueve de agosto de mil novecientos sesenta y cinco, siendo NOTARIO ÚNICO para esa época MANUEL DOMINGO ARAUJO ARZUAGA y luego dicho AUXILIAR fue confirmado por el Notario entrante señor JULIO ARAUJO MORON, Notario este que se posesionó el día veintisiete de agosto de mil novecientos sesenta y cinco. El AUXILIAR CASTRO CASTRO, laboró hasta el catorce de agosto de mil novecientos sesenta y seis, el tuvo una asignación mensual de cuatrocientos pesos moneda legal. TERCERO.- Tratando de recaudar prueba al respecto de lo que aquí declaramos revisamos los archivos de esa NOTARÍA, con el objeto de encontrar alguna resolución de nombramiento o acta de posesión referente al señor CASTRO CASTRO, quien se desempeñaba como Auxiliar, contando obviamente con la anuencia del Notario, quien además de nuestras diligencias, nos manifestó que había buscado cuidadosamente en el respectivo archivo siendo infructuosa su búsqueda; como quiera que no existía ninguna resolución de nombramiento ni acta de posesión del señor JOSE GUILLERMO CASTRO CASTRO, ni de empleado alguno. También el Notario nos hizo la observación que en los archivos no aparecían nombrados por resolución persona alguna como tampoco acta de posesión, lo que conllevaba que los visitantes hicieran o dejaran las constancias de esas anomalías en el acta de la visita que levantaban, así como tampoco el NOTARIO afiliaba a los empleados subalternos a una entidad de Previsión Social,.... Es menester manifestar que un Visitador de la Superintendencia de Notariado y Registro, comisionado para practicar una visita a la NOTARIA UNICA de LA PAZ-CESAR hoy, antes Municipio de ROBLES-MAGDALENA, habiendo encontrado deteriorado y mal llevado el archivo y que era inútil para los fines notariales ordenó verbalmente la destrucción parcial de dicho archivo, ya que éste no tenía ninguna trascendencia para el normal funcionamiento de la Notaría y que correspondían a los años anteriores de 1.970 y con la finalidad de descongestionar dicha oficina...". (fls. 47 a 49 cdn. 2).

También allegó declaración extraprocesal rendida el 15 de abril de 1996 ante el Notario Único del Circulo de Agustín Codazzi - Cesar, por los señores Alfonso Enrique Noguera Arias y Ciro Agustín Araujo Araujo, que es transcripción de la anterior y que sólo varía en la fecha de la supuesta vinculación del demandado, que refieren fue desde el 10 de mayo de 1961 hasta el 9 de enero de 1962. (fls. 50 a 51A cdn. 2).

En lo que concierne al tiempo de labores, aparece certificación del Jefe de Archivo Municipal que da cuenta que el accionado fungió en calidad de Alcalde de Valledupar desde el 14 de septiembre de 1966 hasta el 15 de diciembre de 1967. (fls. 4 cdn. 2).

Informa la constancia de la Cámara de Representantes, que laboró como Representante Principal desde el 20 de julio de 1970 hasta el 19 de julio de 1974, en forma discontinua. (fls. 19 cdn. 2).

Se desempeñó como Senador de la República por el Departamento del Cesar, según lo informa el Jefe de Archivo Administrativo del Senado, por los periodos constitucionales comprendidos entre el 20 de julio de 1974 al 19 de julio de 1978; entre el 20 de julio de 1978 y el 19 de julio de 1982; entre el 20 de julio de 1982 y el 19 de julio de 1986; y entre el 20 de julio de 1986 y el 19 de julio de 1990, de manera discontinua. En 1978 ocupó la curul del 20 de julio hasta el 22 de agosto. En los años 1979 y, 1980 no asistió. En 1981 solo ejerció la actividad senatorial el 12 marzo y entre el 20 de julio y el 16 de diciembre. (fls. 5 a 16 cdn. 2).

Aparece certificación emitida por el Asistente Administrativo para asuntos de personal de la Gobernación del Cesar que indica, que fue Gobernador del Departamento del Cesar desde el 25 de agosto de 1978 hasta el 11 de marzo de 1981. (fls. 3 cdn. 2).

El Fondo por medio de la Resolución No. 991 de 29 de agosto de 1996 reconoció en favor del demandado el derecho a disfrutar de la pensión mensual vitalicia de jubilación en cuantía de \$2.178.278,54, efectiva a partir del 28 de noviembre de 1992, con fundamento en los artículos 17 de la Ley 4ª de 1992 y 5º del Decreto 1359 de 1993; en consideración a sentencia de tutela de la Corte Constitucional, según la cual, el régimen pensional previsto en la Ley en mención se aplica a partir de su vigencia, por lo que la base de liquidación pensional corresponde al 75% del promedio de lo que percibieron los Congresistas como ingreso mensual en el año 1992, además, teniendo en cuenta concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública sobre la aplicación de la referida ley. (fls. 74 a 81 cdn. ppal.).

FONPRECON en la Resolución No. 3 de 19 de enero de 1998, negó la petición de reconocimiento de intereses moratorios, indexación y modificación de la liquidación de la mesada pensional. Decisión que fue confirmada por Resolución No. 229 de 16 de marzo de 1998. (fls. 98 a 101 y 112 a 115 cdn. ppal.).

CASO CONCRETO

En el presente asunto se comprobó, que el demandado en su condición de ex Congresista solicitó ante Fonprecon que efectuara la liquidación, reconocimiento y pago de su pensión vitalicia de jubilación, según lo dispone el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992; porque en su sentir, dentro del tiempo de servicios de 20 años requerido para la obtención de la misma, se le debe computar el laborado en la Notaría Única de La Paz - Robles, entre los años 1961 y 1966.

Pues bien, en este punto encuentra la Sala que en efecto, el accionado sólo logró acumular como tiempo de servicio un total de 15 años y 3 meses, lo que se puede predicar válidamente, porque en lo que hace referencia a las declaraciones extraproceso que allegó al expediente administrativo, se observa que no son ni eficaces ni idóneas, en atención a que las mismas se constituyen en exposiciones vagas, que únicamente dan cuenta que un visitador de la Superintendencia de Notariado y Registro, comisionado para practicar una visita a la Notaría Única de La Paz, ordenó verbalmente la destrucción parcial del archivo correspondiente a los años anteriores a 1970; según le fue informado a los deponentes, por el Notario que fungía para la época en la que ellos fueron a verificar la existencia de documentación relacionada con la labor desarrollada por el demandado.

Esto sin que se expongan por los testigos, en forma clara, categórica y justificada, los motivos y las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que tuvieron conocimiento directo sobre la desaparición de los documentos, que comprobaran el desempeño de la función como Auxiliar de la Notaría por parte del accionado.

No sin antes anotar, que en ambas declaraciones aparece como testigo el señor Ciro Agustín Araujo Araujo, además de que su testimonio, que fue rendido en unión con el del señor Alfonso Enrique Noguera, es una simple copia textual de la declaración que efectuó en compañía del señor Julio Alcides Araujo Vega; situación que despoja a esta última de toda credibilidad, sin que por demás sea claro, cómo después de transcurrido tanto tiempo, los testigos recuerden con toda precisión las fechas en las que el demandado se desempeñó como Auxiliar de la Notaría, que de paso, en cada testimonio son diferentes.

A lo que igualmente se debe agregar, que en la medida en que es la ley la que determina los requisitos para que la prueba supletoria -de manera excepcional- sea válida; es evidente que el accionado, de manera alguna se preocupó por acreditar con suficiencia, a través de otras pruebas documentales, que en efecto

prestó sus servicios a la referida Notaría, en calidad de Auxiliar y entre los años 1961 a 1966 o en su defecto, probar satisfactoriamente que no le era posible obtener la documental, que lo habilitaba para acudir a la testimonial.

Además de lo anterior, encuentra la Sala, que el demandado prestó sus servicios al Estado en calidad de Senador, de manera interrumpida, entre los años 1974 y 1990; con lo que es evidente, que en su caso particular, no se cumplen los presupuestos de hecho requeridos para la aplicación del Régimen Especial de Congresistas; porque tal como se infiere del análisis de la normativa pensional de los Parlamentarios, no ostentó la calidad de Congresista a partir de la vigencia de la Ley 4ª de 1992, es decir, a partir del 18 de mayo de 1992.

En la misma perspectiva se establece, que tampoco le es aplicable el Régimen de Transición de los Parlamentarios, pues, aunque para el 1º de abril de 1994, fecha de vigencia de la Ley 100 de 1993, superó la edad de 40 años; lo cierto es, que en esa época no era miembro del cuerpo legislativo, condición que como se analizó en apartado precedente, es indispensable para ser beneficiario de dicho régimen, pues está probado que inició su actividad Senatorial a partir de 1974, situación que lo ubica como destinatario del régimen general. Y es que se debe recordar, como se estableció en párrafo antecedente, que el Régimen de Transición de los Parlamentarios está encaminado a brindar protección a las expectativas de quienes se encontraban prestando sus servicios como Congresistas a la fecha de vigencia de la Ley que regula el sistema general de pensiones.

Corolario de lo anterior se encuentra, que le asiste razón al *a quo* cuando decretó la nulidad del acto administrativo acusado en virtud del cual el Fondo reconoció la pensión de jubilación al accionado, no obstante el incumplimiento del presupuesto legal necesario de los 20 años de tiempo de servicio. Como también es acertada la decisión de no decretar en su contra la devolución de los dineros percibidos ante la no comprobación de mala fe de su parte.

DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA

Como quiera que al demandado no le asiste el derecho al reconocimiento de pensión jubilatoria alguna, de importancia resulta destacar, que en sentir de la Sala en este caso concreto, de ninguna manera puede pasar inadvertido, que tal como consta en su partida de bautismo, en la actualidad cuenta con **88 años de edad**, situación que de suyo lo convierte, según los términos del artículo 46 de la

Carta Política, en sujeto de protección especial por parte del Estado, lo que se traduce, en que merece una particular asistencia de cuenta de los órganos que lo conforman, incluido el operador judicial, quien está habilitado para desplegar todas sus facultades a fin de, por lo menos, aminorar esas condiciones de indefensión en las que se encuentra, que no pueden ser desconocidas, so pena de comprometer el núcleo esencial de sus derechos fundamentales, dentro de los que cobra especial importancia su seguridad social integral, que dicho sea de paso se encuentra complementada y fortalecida con los instrumentos internacionales en los que indudablemente es reconocida²⁷.

El derecho a la seguridad social integral implica la protección a las personas que se encuentran en imposibilidad física o mental -generada por su vejez, el desempleo o una enfermedad o incapacidad laboral-, que les impide vivir dignamente. Y es el reconocimiento de la pensión en su favor, uno de los mecanismos que hace viable la protección para esta parte de la población, que con ocasión de su ancianidad se ve enfrentada a esa inevitable disminución de su producción laboral, que a su turno le dificulta o impide obtener los recursos para disfrutar de una vida digna.

La fundamentalidad de este derecho constitucional a la seguridad social comporta, según las voces del artículo 48 Superior, su irrenunciabilidad, que a su turno implica para el aparato estatal, obligaciones que ineludiblemente debe cumplir a fin de que la tercera edad goce de las prerrogativas de protección y amparo.

En consideración a lo anterior, aunque es indiscutible, que el accionado no comprobó el cumplimiento del tiempo de 20 años de servicio que legalmente es requerido para el reconocimiento de la pensión de jubilación como tampoco

²⁷ **Declaración Universal de Derechos Humanos. “Artículo 22.** *Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”*; **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. “Artículo 9.** *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”*; **Declaración Americana de los Derechos de la Persona: “Artículo XVI.** *Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”*; **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. “Artículo 9.** *Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”*.

aglutinó los presupuestos para ser destinatario del régimen pensional de los Congresistas, no lo es menos, que ante el hecho incontrovertible de su senectud, es de imperiosa observancia la disposición de rango constitucional que protege su derecho fundamental a la seguridad social integral, cuyo instrumento de protección, en este caso, se materializa en el reconocimiento y pago en su favor de una **indemnización sustitutiva de la pensión de vejez**, según las voces del artículo 37 de la Ley 100 de 1993²⁸, aplicable a esta situación particular por la que atraviesa el demandado, dentro de un contexto garante de sus derechos fundamentales, que permite propender porque sus condiciones de existencia sean dignas.

La indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a la luz del régimen de la prima media aplica a quien al momento de cumplir la edad pensional no ha cotizado el mínimo de semanas exigidas para tener derecho a la pensión²⁹, que es lo que sucede en este caso, en el que el accionado, si bien cumplió la edad pensional, lo cierto es, que no cotizó el tiempo legalmente exigido, ello aunado a que se constituye en un hecho notorio en razón de su avanzada edad, la imposibilidad que le asiste para seguir efectuando los aportes.

Ahora, teniendo en cuenta que esta indemnización se causa aún respecto de situaciones anteriores a la Ley 100 de 1993, siempre que se haya cotizado ante la entidad administradora respectiva³⁰, es a FONPRECON en su calidad de último

²⁸ **Ley 100 de 1993. Artículo 37. “Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado”.**

Esta norma **no** sufrió modificación alguna por parte de la **Ley 797 de 2003**, reformativa de la Ley 100 de 1993.

²⁹ El Decreto 4640 de 2005 modificó el artículo 1° del Decreto 1730 de 2001, en el sentido de que **para que haya lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez solo basta que el afiliado al sistema se retire del servicio habiendo cumplido la edad** pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando.

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-849A de 24 de noviembre de 2009, Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en esta providencia se consideró: “(...) En relación con la aplicación de las normas contenidas en la Ley 100 1993, a fin de hacer efectiva la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez **en aquellos casos en que los aportes al sistema se dieron con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, la Corte Constitucional ha reiterado que esta normatividad es aplicable a todos los habitantes del territorio nacional y a todas aquellas situaciones que al momento de su expedición no se hubieren consolidado. Así lo sostuvo en Sentencia T-850 de 2008, al indicar: “[E]l derecho a reclamar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez se encuentra en cabeza de aquellas personas que, independientemente de haber**

empleador, a quien le corresponde el pago de la misma, debiendo tener en cuenta para efecto de la liquidación correspondiente, los aportes realizados con anterioridad a la Ley 100 de 1993, en la forma como lo dispone el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001³¹.

Es con fundamento en los anteriores razonamientos, que será confirmada la decisión de primera instancia, en cuanto declaró la nulidad del acto administrativo demandado que ilegalmente reconoció la pensión de jubilación al accionado aunque no reunió los 20 años de tiempo de servicio al Estado, además, en tanto negó el reintegro de los dineros percibidos porque no se comprobó la mala fe.

Y será adicionada, en el sentido de que al demandado, quien no cuenta en consecuencia con pensión de jubilación alguna, le asiste en su lugar, el derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por parte de Fonprecon con fundamento en las cotizaciones realizadas con anterioridad a la Ley 100 de 1993, en protección a su derecho fundamental a la seguridad social integral como garantía de sus derechos fundamentales, a fin de propender por la dignidad de sus condiciones de existencia.

estado afiliadas al Sistema Integral de Seguridad Social en el momento de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 pero que habiendo cumplido con la edad para reclamar la pensión, no cuenten con el número de semanas cotizadas para acceder a dicha prestación. Además las entidades de previsión social a las que en algún momento cotizó el accionante, deben reconocer y pagar la indemnización so pena de que se incurra en un enriquecimiento sin causa". Así pues, es inválida cualquier interpretación restrictiva en la cual se establezca como requisito adicional para acceder a la indemnización sustitutiva que el afiliado haya cotizado al sistema a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993 o que al momento de la desvinculación del trabajador éste haya cumplido con la edad exigida para acceder a la pensión de vejez, pues ello (i) contradice de manera directa los artículos 48, 49 y 366 de la Constitución Política, (ii) propicia un enriquecimiento sin justa causa de la entidad a la cual se efectuaron los aportes y (iii) vulnera el principio constitucional de favorabilidad en materia laboral, expresamente previsto en el artículo 53 Superior. (...)"

³¹ **Decreto 1730 de 2001. Artículo 3. "Cuantía de la indemnización.** "Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente fórmula: $I = SBC \times SC \times PPC$. // Donde: SBC: Es el salario base de la liquidación (...) SC: Es la **suma de las semanas cotizadas** a la administradora que va a efectuar el reconocimiento. PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento. // En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva. A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993".

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

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 27 de julio de 2011, que accedió a las pretensiones de la demanda promovida por el FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA -FONPRECON- contra el señor JOSÉ GUILLERMO CASTRO CASTRO.

ADICIÓNASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 27 de julio de 2011, en el sentido de que al señor JOSÉ GUILLERMO CASTRO CASTRO le asiste el derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por parte del FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA -FONPRECON-, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

Reconócese al Abogado Freddy Rolando Pérez Huertas como apoderado judicial del FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA -FONPRECON-, en los términos y para los efectos del poder conferido.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO