

**REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS
- Competencia / REGIMEN ESPECIAL DE PENSIONES PARA
CONGRESISTAS - Reajuste y sustituciones pensionales. Régimen de
transición / REGIMEN DE TRANSICION - Pensión de jubilación de
congresista**

De conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19), literal e) de la Constitución Política, el Congreso expidió la Ley 4ª de 1992, por la cual fijó las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública. La anterior norma fue declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-608 de 1999, en la cual se especificó que el régimen especial de pensiones para los miembros del Congreso tiene fundamento Constitucional por la naturaleza y trascendencia de las funciones asignadas dentro del nuevo ordenamiento Constitucional, lo que ubica a este grupo de servidores en condiciones que razonable y objetivamente ameritan un trato diferenciado. Ahora bien, el Gobierno Nacional, en desarrollo de esta disposición, expidió el Decreto No. 1359 de 12 de julio de 1993, “por el cual se establece un régimen especial de pensiones, así como de reajustes y sustituciones de las mismas aplicables a los Senadores y Representantes a la Cámara.”. En el referido Decreto se configuró el régimen pensional especial aplicable a los Congresistas que ejerzan el cargo con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992. Al respecto, esta Corporación ha concluido que el régimen pensional especial establecido en el Decreto 1359 de 1993, para Congresistas, se continúa aplicando, luego de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y del Decreto 1293 de 1994, en aquellos casos en los que se acrediten las condiciones para acceder a los beneficios del Régimen de Transición, y, además, se cumplan los requisitos pensionales establecidos en el Decreto 1359 de 1993 para gozar de la prestación.

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

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - No es computable para efectos pensionales / REQUISITOS PENSION DE JUBILACION DE CONGRESISTA - No se cumplieron al no computarse el tiempo laborado por una vinculación contractual de carácter civil / CONTRATO REALIDAD - improcedencia / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Entre la parte motiva y la parte resolutive de la sentencia / PENSION DE JUBILACION DE CONGRESISTA - Nulidad del acto que reconoce pensión por no cumplir requisito de tiempo laborado

De acuerdo con el referido documento, el Fondo demandante concluyó que el señor Gossain Jattin prestó sus servicios a Comfenalco, entre el 1 de marzo de 1966 y el 30 diciembre de 1975, por lo cual dicho tiempo debía computarse para efectos pensionales, teniendo en cuenta que la mencionada Caja debería concurrir proporcionalmente en el pago de la prestación respecto del aludido período. Sin embargo, una vez el Fondo de Previsión Social del Congreso pretendió hacer efectivo el pago de las cuotas partes pensionales a cargo de Comfenalco, encontró que la Caja se oponía a tal pretensión aduciendo que el señor Gossain Jattin estuvo vinculado en virtud de un contrato civil de prestación de servicios profesionales y no a través de un contrato de trabajo y, por lo tanto, al no configurarse relación laboral alguna la Caja se encontraba eximida de cualquier responsabilidad prestacional respecto del pensionado. En este orden

de ideas, el dicho de la parte accionante, esto es, que el pensionado tuvo una vinculación contractual de carácter civil con Comfenalco, que no tiene la vocación de ser computada para efectos pensionales encuentra pleno sustento probatorio, el cual debe encausar la decisión de esta Sala, ya que, al tenor de lo dispuesto por el artículo 170 del C.C.A., en la sentencia se deben analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones. Bajo en anterior marco, al restar el tiempo laborado en Comfenalco de los demás períodos laborados por el señor Gossain Jattin se concluye que él prestó sus servicios durante un período inferior a los 20 años que exige el ordenamiento jurídico para ser acreedor a la pensión de jubilación y, por lo tanto, las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad de los actos que efectuaron el aludido reconocimiento prestacional están llamadas a prosperar, tal como lo concluyó el A quo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero Ponente: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D.C., primero (1) de septiembre de dos mil once (2011).-

Radicación número: 25000-23-25-000-2005-01051-01(0155-11)

ACTOR: FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA.-

Demandado: ADA DEL CARMEN ROGNINI DE GOSSAIN Y MARUM GOSSAIN JATTIN.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 31 de julio de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, que declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por la parte demandada; y, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República contra Ada del Carmen Rognini de Gossain y Marum Gossain Jattin.

LA DEMANDA

EL FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca declarar la nulidad de los siguientes actos:

- Resolución No. 00045 de 7 de febrero de 1996, proferida por el Director General del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, que le reconoció al señor Marum Gossain Jattin su pensión de jubilación.

- Resolución No. 00329 de 7 de mayo de 2001, suscrita por el Director General de la Entidad accionante, que sustituyó la anterior prestación a favor de la señora Ada del Carmen Rognini de Gossain, en su condición de cónyuge del causante.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, solicitó:

- Declarar que *“el doctor MARUM GOSSAIN JATTIN y la señora ADA DEL CARMEN ROGNINI DE GOSSAIN, por virtud de la sustitución pensional reconocida, deben reintegrar al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, el valor de las mesadas cuyos pagos han sido efectuados y recibidos en vida por el primero de los mencionados con base en la resolución N°0045 de 7 de febrero de 1996 y, por su cónyuge supérstite en lo sucesivo desde que le fue reconocida la sustitución pensional a través de la resolución N°00329 de 7 de mayo de 2001.”.*

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

Fonprecon, a través de la Resolución No. 00045 de 7 de febrero de 1996, le reconoció al señor Marum Gossain Jattin su pensión de jubilación, quien falleció el 4 de septiembre de 2000.

Como consecuencia de lo anterior, el Fondo accionante, mediante la Resolución No. 00329 de 7 de mayo de 2001, le sustituyó a la señora Ada del Carmen Rognini de Gossain, en su condición de cónyuge supérstite, la pensión mensual vitalicia de jubilación que en vida devengaba el señor Marum Gossain Jattin.

Ahora bien, al tenor de lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley 797 de 2003, Fonprecon procedió a verificar de oficio el cumplimiento de los requisitos para la adquisición del precitado derecho y la legalidad de los documentos que sirvieron de soporte para su reconocimiento y pago.

De la anterior investigación se concluyó:

a) El Hospital San Pablo de Cartagena certificó que el señor Marum Gossain Jattin prestó sus servicios entre el 1 de enero y el 31 de julio de 1992; sin embargo, se hizo referencia a la condición de *“médico interno con cargo a la Universidad de Cartagena, y no, como trabajador del ente hospitalario”.*

Sin embargo, el certificado laboral expedido por la Universidad de Cartagena no relaciona el anterior período como trabajado por el señor Gossain Jattin y, en consecuencia, no puede tenerse en cuenta para efectos pensionales.

b) El pensionado también prestó sus servicios a Comfenalco – Cartagena desde el 1 de marzo de 1966 hasta el mes de diciembre de 1975; sin embargo, ello ocurrió con ocasión de un contrato de naturaleza civil y no en virtud de una relación laboral.

Entonces, *“no es posible tener en cuenta el tiempo de servicios prestados a Comfenalco a través de un contrato de naturaleza civil, y menos si la entidad se niega a aceptarlo, pues ella es la única que estaría obligada a responder por dicho tiempo en el evento que aceptara trasladar un cálculo actuarial, si por omisión no afilió al trabajador estando obligado a hacerlo”.*

Bajo los anteriores supuestos, se concluyó que el señor Marum Gossain Jattin no acreditó los 20 años de servicios que exige la ley para acceder a la pensión de jubilación que le fue reconocida, pues restando los tiempos de servicios prestados al Hospital San Pablo y a Comfenalco, se observa que el pensionado únicamente laboró durante 10 años, 6 meses y 5 días.

LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Ley 33 de 1985, el artículo 1°.
De la Ley 4ª de 1992, el artículo 17.
Del Decreto 1359 de 1993, el artículo 7°.

La parte demandante consideró que los actos acusados estaban viciados de nulidad, por las siguientes razones:

Fonprecon, erróneamente consideró que teniendo en cuenta, entre otros, los servicios prestados por el señor Marum Gossain Jattin en el Hospital San Pablo y en Comfenalco se completaban los 20 años de servicios necesarios para el reconocimiento de la pensión de jubilación.

Empero, como quedó expuesto anteriormente, tal razonamiento no era válido en la medida en que no obra constancia de que el pensionado hubiera laborado al servicio del Hospital San Pablo. Además, *“Comfenalco acredita que el doctor MARUM GOSSAIN, desempeñó el cargo de médico coordinador, y no, que tuvo a su cargo como médico coordinador la prestación de unos servicios médicos de salud”*.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte accionada ejerció su derecho de contradicción frente a la acción incoada, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, proponiendo las siguientes excepciones (fls. 523 a 529):

a) Falta de legitimación en la causa por pasiva: en la medida en que el Fondo accionante pretende la devolución de las sumas pagadas al señor Marum Gossain Jattin por concepto de mesadas pensionales, por lo cual debió demandar a los herederos indeterminados.

b) Eficacia jurídica del acto administrativo que le reconoció la pensión de jubilación al señor Marum Gossain Jattin: toda vez que dicha decisión se adoptó conforme al ordenamiento jurídico y, además, le fue notificada a Comfenalco; sin embargo, esta entidad guardó silencio al respecto, omitiendo alegar en el momento procesal oportuno, lo que hasta ahora está aduciendo de manera ilegal, pues desconoce que el pensionado le prestó sus servicios profesionales durante más de 9 años, en forma subordinada, cumpliendo horario y recibiendo salario.

c) Primacía de la realidad sobre las formalidades: puesto que entre el pensionado y Comfenalco existió una verdadera relación laboral.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, mediante sentencia de 31 de julio de 2008, resolvió (fls. 469 a 520):

(i) Declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por la parte demandada.

- (ii) Declarar la nulidad de la Resolución No. 00045 de 7 de febrero de 1996, que le reconoció al señor Marum Gossain Jattin su pensión de jubilación; así como la nulidad de la Resolución No. 00329 de 7 de mayo de 2001, que sustituyó la referida prestación a favor de la señora Ada del Carmen Rognini de Gossain, en su condición de cónyuge del causante.
- (iii) Negar las demás pretensiones.

Fundó su decisión en las razones que a continuación se sintetizan:

La excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por la parte accionada, no está llamada a prosperar por cuanto la señora Ada del Carmen Rognini de Gossain es la actual beneficiaria del derecho pensional en controversia y, por lo tanto, es la persona directamente llamada a comparecer como demandada.

Ahora bien, la Ley 4ª de 1992 creó un régimen pensional especial a favor de los Senadores y Representantes a la Cámara. Esta disposición fue reglamentada por el Gobierno Nacional, a través del Decreto 1359 de 1993.

En torno al caso concreto, se observa que el Fondo accionante al momento de reconocer la pensión de jubilación del señor Marum Gossain Jattin contabilizó erróneamente los tiempos en que él se desempeñó como Congresista, por lo cual, *“aún tomando el tiempo discutido de Comfenalco y el Hospital San Pablo, no alcanza los 20 años de servicio requeridos para tener derecho a la pensión de jubilación, según el régimen legal que le fue aplicado, y que exige como mínimo 20 años de servicios cotizados a las distintas entidades de previsión como servidor del Estado o trabajador dependiente en el sector privado.”*

Entre tanto, en el expediente obra la certificación expedida por el Director del Hospital San Pablo, mediante la cual hizo constar que el señor Gossain Jattin laboró como médico interno entre el 1º de enero y el 30 de julio de 1962, con cargo a la Universidad de Cartagena; sin embargo, dicho ente universitario, al expedir la certificación de servicios, no relacionó los tiempos laborados en el mencionado Hospital, situación que deja sin efectos la constancia expedida por el Director. Además, la investigación surtida por Fonprecon no arrojó prueba alguna respecto del aludido período.

A su turno, respecto del período laborado por el causante de la prestación en controversia al servicio de Comfenalco, desde el 1 de marzo de 1966 hasta el 30 de diciembre de 1975, se encuentra acreditado que para ello medió una relación de carácter civil y no laboral, pues el señor Gossain Jattin podía prestar sus servicios personalmente o a través de subcontratistas.

Adicionalmente, en el expediente obran copias de las sentencias proferidas por la Jurisdicción Ordinaria Laboral dentro del proceso promovido por el Gustavo Camacho Castillo contra Marum Gossain Jattin y Comfenalco, a través de las cuales se concluyó que el pensionado fallecido prestó sus servicios en virtud de un contrato de prestación de servicios que no configuraba una relación laboral.

Además, en dicha oportunidad, el señor Gossain Jattin confirmó la naturaleza civil de su contrato, afirmación que tuvieron en cuenta los falladores de instancia al momento de proferir la sentencia definitiva, por lo cual, no es válido sostener en esta oportunidad la existencia de un contrato realidad con argumentos contrarios a los esgrimidos en un proceso anterior, pues este aspecto, se reitera, se decidió por la Jurisdicción Ordinaria y, por lo tanto, no es viable reabrir el aludido debate a través de la presente acción.

En este orden de ideas, se debe afirmar que el señor Marum Gossain Jattin no cumplió con el requisito de los 20 años de servicio en los términos del artículo 7° del Decreto 1359 de 1993 y, por lo tanto no tenía derecho al reconocimiento pensional efectuado por Fonprecon, situación que conlleva a la declaratoria de nulidad de los actos acusados.

De otro lado, no se ordenará la devolución de las sumas pagadas a la accionada por cuanto no se demostró su mala fe en la percepción de las mesadas de la prestación que le fue sustituida.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la decisión del *A quo*, exponiendo los motivos de inconformidad que a continuación se indican (fls. 567 a 573):

Contrario a lo expuesto por el Tribunal de primera instancia, es válido afirmar que el señor Marum Gossain Jattin acreditó un tiempo de servicios superior a 20 años, toda vez que trabajó en Comfenalco, Seccional Bolívar, a través de un contrato de prestación de servicios profesionales, que en realidad ocultó una verdadera relación laboral.

En efecto, la formalidad del referido contrato *“constituía una fachada para resguardar y proteger a COMFENALCO, seccional Bolívar de una presunta demanda por parte de los demás profesionales que se encontraban dentro de esta entidad bajo el mando de este extinto Senador.”*.

Entonces, se encuentra acreditado que el pensionado fallecido cumplía un horario de trabajo, así como las órdenes de las directivas y de la Gerencia de COMFENALCO durante el tiempo en que se desempeñó como Médico Coordinador.

Por lo anterior, el tiempo laborado en COMFENALCO cumple con los presupuestos necesarios para convalidarse como tiempo de servicio para acceder al reconocimiento pensional objeto de controversia.

Asimismo, debe tenerse en cuenta el período de vinculación al Hospital “San José”, pues existen declaraciones en las que se hace constar que el señor Gossain Jattin *“sí trabajó allí, como médico durante ese corto tiempo y que debido a los años de upa en que lo hizo, como además se comprobó, el archivo de este Hospital por fenómenos de agua, humedad y gorgojo quedó prácticamente destruido y Ali (sic) quedó establecido dentro de una audiencia de inspección judicial lleva a cabo por un juzgado laboral del circuito de Cartagena, por medio de la cual, de acuerdo con la norma sustantiva del trabajo que rige la materia, se logró comprobar de plano que el médico GOSSAÍN JATTIN sí trabajó en este Hospital.”*.

Igualmente, para efectos pensionales, debe computarse el tiempo laborado por el causante como Congresista, tal como lo hizo la entidad accionante al momento de expedir el acto administrativo que reconoció la prestación, cuya nulidad se deprecia a través de la presente acción.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Previamente a definir el problema jurídico por resolver se precisa resaltar que el fallo del *A quo* accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda; y, que en el presente asunto la parte recurrente es la accionada, razón por la cual el análisis de la Sala se sujetará a lo discutido en esta instancia por la señora Ada del Carmen Rognini de Gossain, respecto de aquello que le fue desfavorable.

En los anteriores términos, entonces, el problema jurídico por resolver se contrae a determinar si el señor Marum Gossain Jattin tenía derecho a que el Fondo de Previsión accionante le reconociera su pensión de jubilación y, por lo tanto, si era viable decretar la posterior sustitución a favor de la señora Ada del Carmen Rognini de Gossain, en su condición de cónyuge sobreviviente del causante.

Con el objeto de resolver el problema expuesto, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

a) Del requisito de tiempo de servicios acreditados por el señor Marum Gossain Jattin.

a.1) Universidad de Cartagena:

- La Secretaria General de la Universidad de Cartagena, hizo constar que el señor Marum Gossain Jattin prestó sus servicios a dicho ente así (fl. 71):

- Del 1 de enero al 30 de diciembre de 1961, “*como Interno de Cirugía en el Hospital Santa Clara*”.
- Del 24 de marzo de 1964 al 30 de diciembre de 1966, “*como Instructor de Pediatría en la Facultad de Medicina*”.

a.2) Hospital San Pablo de Cartagena.

- El Médico Director del Hospital San Pablo de Cartagena E.S.E. certificó (fl. 92):

“Que el doctor MARUM GOSSAIN JATTIN, con cc#3783.005 expedida en Cartagena trabajó en esta Institución como MÉDICO INTERNO con cargo a la Universidad de Cartagena, desde el 1° de enero hasta el 31 de julio de 1962.”

a.3) Hospital San Juan de Dios:

- La Jefe del Departamento de Personal del Hospital San Juan de Dios E.S.E. hizo constar que el señor Gossain Jattin prestó sus servicios a esa entidad como Médico entre el 4 de enero de 1963 y el 29 de diciembre de 1963 (fl. 106).

a.4) Caja de Compensación Familiar de Fenalco - Andi - Comfenalco - Cartagena:

- El Director Administrativo de Comfenalco certificó lo siguiente (fl. 72):

“Que el doctor MARUN GOSSAIN JATTIN, identificado con la cédula de ciudadanía No. 3.783.005 expedida en Cartagena, tuvo a su cargo como Médico Coordinador la prestación de los servicios médicos y de Salud en favor de todos los hijos de beneficiarios del Subsidio Familiar de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE FENALCOANDI COMFENALCO

CARTAGENA, en el período comprendido de marzo 1° de 1966 y diciembre de 1975.”.

a.5) Gobernación de Bolívar:

El Jefe de la Sección de Selección y Capacitación - División de Relaciones Humanas - Secretaría de Servicios Administrativos de la Gobernación de Bolívar certificó que el señor Gossain Jattin se desempeñó como Gobernador del Departamento en los siguientes períodos:

- Del 2 de junio de 1980 al 9 de marzo de 1981.
- Del 25 de agosto de 1983 al 20 de agosto de 1984.

a.6) Congreso de la República:

- El Jefe de Archivo Administrativo del Senado de la República certificó que el señor Gossain Jattin fue elegido como Senador de la República en Circunscripción Departamental por Bolívar para los períodos constitucionales que a continuación se relacionan (fls. 84 a 89):

- Del 20 de julio de 1974 al 19 de julio de 1978.
- Del 20 de julio de 1978 al 19 de julio de 1982.
- Del 20 de julio de 1982 al 19 de julio de 1986.

b) Del reconocimiento pensional.

- El 7 de febrero de 1996, a través de la Resolución No. 00045, el Director General del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República le reconoció al señor Marum Gossain Jattin su pensión de jubilación, indicando que la normatividad aplicable a su caso eran los artículos 150 de la Constitución Política y 17 de la Ley 4ª de 1992 y el Decreto 1359 de 1993. Asimismo, se tuvo en cuenta el siguiente tiempo de servicio (fls. 265 a 272):

Entidad	A	M	D
Hospital San Pablo 1 Enero/62 al 31 julio/62	-	7	-
Hospital San Juan de Dios (Maganué. Bol.) 4 enero/63 al 29 diciembre/63	-	11	25
Universidad de Cartagena 1 enero/61 al 30 diciembre/61	1	-	-
24 marzo/64 al 30 diciembre/66 TD	2	4	6
Caja de Compensación Familiar de Fenalco 1 Marzo/66 al 30 diciembre/75. TD.	9	4	29
Gobernación de Bolívar 2 junio/80 al 9 marzo/81	-	9	7
25 agosto/83 al 20 agosto/84 TD		10	20
H. Senado de la República 20 julio/74 al 8 abril/75. Hubo 179 sesiones. No asistió	-	-	-
20 julio/75 al 16 diciembre/75. Hubo 150 sesiones. No asistió	-	-	-

20 julio/76 al 22 abril/77. Hubo 203 sesiones. No asistió	-	-	-
20 julio/77 al 4 abril/78. Hubo 151 sesiones. No asistió	-	-	-
20 julio/78 al 26 abril/79. Hubo 209 sesiones. Asistió a 169	-	9	21
20 julio/79 al 16 diciembre/79. Hubo 150 sesiones. Asistió a 34	-	2	21
20 julio/80 al 12 marzo/81. Hubo 201 sesiones. Asistió a 1	-	-	1
20 julio/81 al 16 diciembre/81. Hubo 150 sesiones. Asistió a todas	1	-	-
20 julio/82 al 23 junio/83. Hubo 238 sesiones. Asistió a 206	-	10	11
20 julio/83 al 16 diciembre/83. Hubo 150 sesiones. Asistió a 29. TD	-	1	4
20 julio/84 al 24 mayo/85. Hubo 224 sesiones. Asistió a 174	-	9	9
20 julio/85 al 29 enero/86. Hubo 166 sesiones. Asistió a 88	-	6	10
TOTAL	20	3	14

- El 14 de mayo de 1996, por medio de la Resolución No. 00585, el Director General de la Entidad accionante le reconoció al señor Gossain Jattin el reajuste especial de su pensión de jubilación a partir del 1º de enero de 1992, de acuerdo con los Decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994 y la Sentencia T-463 de 1995 (fls. 139 a 142).

- El 14 de octubre de 1997, a través de la Resolución No. 000824, el Director General de Fonprecon le reconoció al señor Gossain Jattin los intereses de mora "sobre los reajustes pensionales ya cancelados" (fls. 154 a 156).

- El 7 de mayo de 2001, por medio de la Resolución No. 0329, la entidad accionante sustituyó la pensión que en vida devengaba el señor Gossain Jattin a favor de la señora Ada del Carmen Rognini de Gossain, en su condición de cónyuge supérstite, efectiva a partir del 3 de septiembre de 2000, día siguiente al fallecimiento del causante (fls. 284 a 288).

- El 24 de marzo de 2004, el Director Administrativo de Comfenalco se dirigió ante el Fondo accionante, en el sentido de oponerse al cobro de las cuotas partes pensionales asignadas, argumentando (fls. 290 a 292):

"PRIMERA: La Caja de Compensación Familiar de Fenalco Andi, Comfenalco Cartagena, es estatutariamente una corporación privada sin ánimo de lucro, que cumple con funciones de seguridad social y en cumplimiento de tales funciones, contrata bajo la modalidad de contrato civil con profesionales de la salud para que presten servicios propios de las diversas especialidades.

SEGUNDA: (...) la relación contractual que existió con el señor MARUN GOSSAIN JATTIN, identificado con cédula de ciudadanía número 3.783.005 fue de carácter civil, ya que prestó servicios como jefe de Servicios Médicos de marzo de 1966 a diciembre de 1975 a través de contratación civil; hecho este establecido en el Fallo de Primera instancia del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cartagena de fecha 16 de diciembre de 1970, en razón de demanda laboral ordinaria que en contra del señor Gossaín accionó el Dr. Gustavo Camacho Castillo en donde entre otros se afirma:

"...Por ello este Juzgado considera que no hay contrato de trabajo entre el Dr. Marún Gossaín J. y la Caja de Compensación Familiar de Fenalco Cartagena.

(...)

SEXTA. La certificación que el 23 de enero de 1995 emitió el entonces director administrativo de Comfenalco Cartagena, señor MARIO RAMOS

se limitó a indicar el tiempo de vinculación, sin que en ningún momento indique que existió una relación laboral; por el contrario, en dicha certificación se dijo que se trató de una prestación de servicios. (...).”

Con base en lo anterior, para efectos de desatar la controversia, se tendrá en cuenta la normatividad aplicada por el Fondo de Previsión Social del Congreso al momento de reconocer la pensión de jubilación del señor Marum Gossain Jattin a saber: los artículos 150 de la Constitución Política y 17 de la Ley 4ª de 1992 y el Decreto 1359 de 1993.

Asimismo, de acuerdo con los requisitos de tiempo de servicios establecidos por las aludidas normas para acceder al beneficio pensional en comento, el análisis del caso concreto se centrará en la vinculación que tuvo el señor Gossain Jattin para determinar si se encontraba dentro de los supuestos fácticos previstos por el ordenamiento jurídico para acceder a la pensión de jubilación que le fue reconocida por el Fondo accionante.

(i) Del régimen pensional de Congresistas regulado en el Decreto 1359 de 1993.

De conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19), literal e) de la Constitución Política, el Congreso expidió la Ley 4ª de 1992, por la cual fijó las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

Dicha ley atendió razones de justicia y equidad, propendiendo por la nivelación salarial y prestacional en los distintos sectores de la administración pública.

Concretamente frente al régimen prestacional de los Congresistas, el artículo 17 de la citada Ley dispuso:

“El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores. Aquellas y estas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual y promedio que, durante el último año, y por todo concepto, reciba el Congresista. Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal.

PARÁGRAFO. La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devengan los Representantes y Senadores en la fecha en que se decreta la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva.”¹

La anterior norma fue declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-608 de 1999, en la cual se especificó que el régimen especial de pensiones para los miembros del Congreso tiene fundamento Constitucional por la naturaleza y trascendencia de las funciones asignadas dentro del nuevo ordenamiento Constitucional, lo que ubica a este grupo de servidores en condiciones que razonable y objetivamente ameritan un trato diferenciado².

¹ Declarado exequible por la Corte Constitucional, Sentencia C-608 de 1999.

² La exequibilidad de la norma se condicionó a los siguientes aspectos:”1. Las expresiones "por todo concepto", usadas en el texto del artículo 17 y en su parágrafo, no pueden entenderse en

Ahora bien, el Gobierno Nacional, en desarrollo de esta disposición, expidió el Decreto No. 1359 de 12 de julio de 1993, *“por el cual se establece un régimen especial de pensiones, así como de reajustes y sustituciones de las mismas aplicables a los Senadores y Representantes a la Cámara.”*

En el referido Decreto se configuró el régimen pensional especial aplicable a los Congresistas que ejerzan el cargo con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 5o. INGRESO BÁSICO PARA LA LIQUIDACIÓN PENSIONAL. Para la liquidación de las pensiones, así como para sus reajustes y sustituciones, se tendrá en cuenta el ingreso mensual promedio del último año que por todo concepto devenguen los Congresistas en ejercicio, a la fecha en que se decrete la prestación, dentro del cual serán especialmente incluidos el sueldo básico, los gastos de representación, la prima de localización y vivienda, prima de transporte, prima de salud, prima de navidad y toda otra asignación de la que gozaren.

ARTÍCULO 6o. PORCENTAJE MÍNIMO DE LIQUIDACIÓN PENSIONAL. La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones a que se refiere el artículo anterior, en ningún caso ni en ningún tiempo podrá ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devenguen los Congresistas en ejercicio; ni estará sujeta al límite de cuantía a que hace referencia el artículo 2º de la Ley 71 de 1988.

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, párrafo 2o de la Ley 33 de 1985 y adicionalmente cumplan o hayan cumplido 20 años de servicios,

el sentido de que cualquier ingreso del Congresista -aun aquéllos que no tienen por objeto la remuneración de su actividad, que primordialmente es de representación política, como ya se dijo- sea considerado dentro de la base sobre la cual se calcula el monto de la pensión.// La Corte Constitucional estima que sólo pueden tener tal carácter los factores que conforman la "asignación" del Congresista, a la que se refiere expresamente el artículo 187 de la Constitución. (...) //2. Tanto en el texto del artículo 17, que establece el mínimo de la pensión, como en su párrafo, relativo a la liquidación de pensiones, reajustes y sustituciones, se alude a la base del ingreso mensual promedio que durante el último año, y por todo concepto, perciba el Congresista en la fecha en que se decrete la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva.// Aunque, a juicio de la Corporación, esas reglas no se oponen a los mandatos constitucionales ni rompen el principio de igualdad, como lo afirma el actor, pues, en su carácter especial, resultan adecuadas a las condiciones dentro de las cuales se ejerce la actividad legislativa, debe precisarse que una cosa es el último año de ingresos como punto de referencia para la liquidación de las cuantías de pensiones, reajustes y sustituciones -lo que se aviene a la Carta- y otra muy distinta entender que el concepto de ingreso mensual promedio pueda referirse a la totalidad de los rubros que, de manera general y abstracta, han cobijado a todos los miembros del Congreso (...)//3. En el presente proceso se encuentra en tela de juicio, a partir de las demandas, apenas una de las disposiciones legales que conforman el conjunto del régimen pensional de los congresistas. Por tanto, no es el momento de establecer si los demás preceptos que lo componen se ajustan a la Carta, y no hay lugar a la unidad de materia.//Pero la Corte, por razones de pedagogía constitucional, y sobre la base de que, como arriba se destaca, de la propia Carta Política surge un régimen de características especiales, relacionadas con la típica actividad encomendada a los miembros del Congreso, tanto el legislador, al expedir las pautas generales y los criterios en los cuales estará fundado dicho régimen, como el Presidente de la República, al desarrollar esas directrices, deben procurar la integración de un sistema normativo armónico y coherente que, en su conjunto, promueva los valores de la igualdad, la solidaridad y la responsabilidad, que sea económicamente viable, relacionadas las distintas variables que inciden en la carga pensional que, respecto de los congresistas, habrá de asumir el Estado.”.

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 devenguen los Congresistas en ejercicio, de conformidad con lo establecido en los artículos 5º y 6º del presente Decreto. (...)”.

Concretamente, entonces, el régimen pensional aplicable a los Congresistas con posterioridad a la Ley 4ª de 1992, tiene los siguientes presupuestos:

(a) Edad: La establecida en el artículo 1o, parágrafo 2o de la Ley 33 de 1985, esto es, 50 años³.

(b) Tiempo: Veinte (20) años de servicios, continuos o discontinuos, acumulados entre el tiempo laborado al Congreso de la República⁴, y otros periodos prestados al servicio público y/o privado, cotizado en este último caso al ISS.

(c) Cuantía de la pensión: 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devenguen los Congresistas en ejercicio, teniendo en cuenta para el efecto lo dispuesto en los artículos 5º y 6º del mismo Decreto 1359 de 1993⁵.

Ahora bien, la aplicación de este régimen en la actualidad debe ser analizada sin olvidar que el Sistema Pensional en Colombia sufrió unos cambios de gran trascendencia con la expedición de la Ley 100 de 1993, “*por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*”, pues a partir de dicha norma, salvo algunas excepciones, todos los empleados del sector público se incorporaron al régimen general pensional allí contenido⁶.

Al respecto, esta Corporación ha concluido que el régimen pensional especial establecido en el Decreto 1359 de 1993, para Congresistas, se continúa aplicando, luego de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y del Decreto 1293 de 1994, en aquellos casos en los que se acrediten las condiciones para acceder a los beneficios del Régimen de Transición, y, además, se cumplan los requisitos pensionales establecidos en el Decreto 1359 de 1993 para gozar de la prestación.

³ Tópico que fue definido mediante Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, de 14 de octubre de 2010, con ponencia de quien lo hace en el presente asunto, dentro del radicado 2036-2008, actor: Ricardo Calvete Rangel.

⁴ Como Representante a la Cámara o Senador, pues el régimen establecido en el Decreto 1359 de 1993 cobija inicialmente a los Congresistas.

⁵ Este aspecto ha venido siendo objeto de pronunciamientos en diversas oportunidades, entre otras, en las siguientes providencias: (1) Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; radicado interno No. 8046-05; providencia de 22 de junio de 2006; C.P. doctor Alejandro Ordóñez Maldonado; actor: Jesús Orlando Gómez López. (2) Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A; radicado interno No. 0968-2008; providencia de 21 de octubre de 2010; C.P. doctor Alfonso Vargas Rincón; actor: Rafael Crisanto Valdivieso Sarmiento.

⁶ Al respecto, es de resaltar que por vía de la aplicación de la garantía a los derechos adquiridos y a las expectativas ciertas, tratadas dentro del régimen de transición, continuaron aplicándose los regímenes pensionales que con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 regían a los trabajadores públicos y privados.

(ii) Del caso concreto.

En lo que concierne al asunto que ocupa la atención de la Sala, se observa que para acceder a la pensión de jubilación que le fue reconocida al señor Gossain Jattin era indispensable acreditar 20 años de servicios, continuos o discontinuos, acumulados entre el tiempo laborado al Congreso de la República, y otros periodos prestados al servicio público y/o privado.

Ahora bien, el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, a través de la Resolución No. 00045 de 7 de febrero de 1996, le reconoció al señor Marum Gossain Jattin su pensión de jubilación, por considerar que acreditaba un tiempo de servicios igual a 20 años, 3 meses y 14 días.

Para el efecto, tuvo en cuenta los servicios prestados por el interesado en el Hospital San Pablo, Hospital San Juan de Dios, Universidad de Cartagena, Caja de Compensación Familiar de Fenalco, Gobernación de Bolívar y Senado de la República.

Sin embargo, *motu proprio*, el Fondo demandante inició una investigación administrativa en la cual se concluyó que se presentaron algunas irregularidades al momento de reconocer la pensión de jubilación en comento toda vez que existían dudas respecto de las vinculaciones con el Hospital San Pablo y con la Caja de Compensación Familiar de Fenalco, Comfenalco, situación por la cual se concluía que al no tener en cuenta tales vinculaciones el señor Gossain Jattin no tenía derecho a acceder a la pensión de jubilación pues no acreditaba los 20 años de servicios requeridos para ello.

Entonces, con base en lo anteriormente expuesto, en primer lugar se procederá a estudiar la vinculación del causante con la Caja de Compensación Familiar de Fenalco, Comfenalco, toda vez que la misma corresponde a un tiempo considerable de 9 años, 4 meses y 29 días.

a) De la vinculación con Comfenalco.

El Fondo de Previsión Social del Congreso le reconoció al señor Gossain Jattin su pensión de jubilación teniendo en cuenta el tiempo de vinculación con Comfenalco en atención a una certificación suscrita por el Director Administrativo de la Caja en la cual se indicaba que el pensionado *“tuvo a su cargo como Médico Coordinador la prestación de los servicios médicos y de Salud en favor de todos los hijos de beneficiarios del Subsidio Familiar de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE FENALCOANDI COMFENALCO CARTAGENA, en el período comprendido de marzo 1° de 1966 y diciembre de 1975.”*

De acuerdo con el referido documento, el Fondo demandante concluyó que el señor Gossain Jattin prestó sus servicios a Comfenalco, entre el 1 de marzo de 1966 y el 30 diciembre de 1975, por lo cual dicho tiempo debía computarse para efectos pensionales, teniendo en cuenta que la mencionada Caja debería concurrir proporcionalmente en el pago de la prestación respecto del aludido período.

Sin embargo, una vez el Fondo de Previsión Social del Congreso pretendió hacer efectivo el pago de las cuotas partes pensionales a cargo de Comfenalco, encontró que la Caja se oponía a tal pretensión aduciendo que el señor Gossain Jattin estuvo vinculado en virtud de un contrato civil de prestación de servicios

profesionales y no a través de un contrato de trabajo y, por lo tanto, al no configurarse relación laboral alguna la Caja se encontraba eximida de cualquier responsabilidad prestacional respecto del pensionado.

Entre tanto, en el expediente obra la sentencia de 16 de diciembre de 1970 proferida dentro de la acción ordinaria laboral instaurada por el señor Gustavo Camacho Castillo contra el señor Marún Gossain J. y la Caja de Compensación Familiar de la Federación Nacional de Comerciantes (FENALCO), mediante la cual se arribó a las siguientes conclusiones (fls. 295 a 303):

“(...) Por ello este Juzgado considera que no hay contrato de trabajo entre el Dr. Marún Gossain J. y la Caja de Compensación Familiar de Fenalco Cartagena.

(...)

De lo anterior se deduce que el Dr. Marun no resulta un intermediario entre el Dr. Gustavo Camacho Castillo y la Caja de Compensación Familiar de Fenalco de Cartagena.

Y mal pudiera resultar intermediario si, como ya hemos visto el Dr. Marun Gossain J., no está ligado a la Caja de Compensación de Fenalco de Cartagena, mediante contrato de trabajo; si el Dr. Gustavo Camacho Castillo no está ligado al Dr. Marun Gossain J., mediante contrato de trabajo. Ambos resultan ante la Caja como contratistas independientes ligados tan solo por un contrato de arrendamiento de servicios profesionales, como viene expresadamente establecido en la carta-contrato agregada a los autos y de la que se ha hecho referencia.

(...)

Por todas estas razones, este Juzgado Tercero Laboral del Circuito, administrando justicia bajo la fórmula de administración de justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO.- Absuélvase a los demandados de todos los hechos de la demanda.

(...).”

Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Laboral de Decisión, apartándose de algunas de las consideraciones expuestas por el *A quo* en torno al caso concreto, pero, en lo pertinente al *Sub lite*, coincidió expresando (fls. 304 a 307):

“(...) Y en el expediente no se encuentra prueba alguna que sirva para acreditar aquellos hechos, o sea, la vinculación de Camacho con la Caja y con su “médico Jefe”, pues, como es obvio no está acreditado que Gossain fuese “médico Jefe” de aquella, ni como intermediario ni como empleado.

La Sala estima que la vinculación de Gossain con la Caja es la de contratista independiente (...).”

Ahora bien, la parte accionada al oponerse a las pretensiones de la demanda coincide en el hecho de que el señor Gossain Jattin prestó sus servicios a Comfenalco en virtud de un contrato de prestación de servicios profesionales; sin embargo, afirma que en este caso debe efectivizarse el principio constitucional concerniente a la primacía de la realidad sobre las formalidades, toda vez que dicho contrato ocultó un verdadero vínculo laboral ya que en la prestación del servicio se configuraron los elementos típicos de un contrato de trabajo, a saber, prestación personal del servicio, subordinación y dependencia, y el pago de un salario.

Para fundamentar sus afirmaciones solicitó como pruebas el testimonio de diferentes personas en orden a que confirmaran las condiciones de subordinación en que el señor Gossain Jattin trabajaba en Comfenalco. Estos testimonios fueron recepcionados por el *A quo*, empero como en este caso el expediente debió ser reconstruido se observa que los mismos no obran en éste.

Sin embargo, de cara a desatar la controversia, es válido afirmar que tales pruebas resultan irrelevantes, pues la Sala carece de competencia funcional para declarar en esta instancia la existencia de un contrato realidad entre Comfenalco y el señor Gossain Jattin, toda vez que dicha entidad no fue vinculada al proceso y, por lo tanto, cualquier pronunciamiento al respecto vulneraría su derecho al debido proceso, en cuanto no tuvo oportunidad de esgrimir los argumentos de su defensa ni contradecir las pruebas aportadas en el trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Adicionalmente, para poder tener en cuenta el tiempo de servicio prestado a Comfenalco es necesario una decisión judicial previa que declare la relación laboral aducida; sin embargo, tal pronunciamiento no existe.

En este orden de ideas, el dicho de la parte accionante, esto es, que el pensionado tuvo una vinculación contractual de carácter civil con Comfenalco, que no tiene la vocación de ser computada para efectos pensionales encuentra pleno sustento probatorio, el cual debe encausar la decisión de esta Sala, ya que, al tenor de lo dispuesto por el artículo 170 del C.C.A., en la sentencia se deben analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones.

Además, de esta manera se garantiza la congruencia que debe orientar el sentido de las sentencias, pues la consonancia de las decisiones judiciales con cada uno de los aspectos esgrimidos por las partes y las pruebas aportadas al expediente constituyen presupuesto indispensable para efectivizar el derecho fundamental al debido proceso. Al respecto, esta Corporación ha expresado⁷:

“Este principio de la congruencia de la sentencia, exige de una parte que exista armonía entre la parte motiva y la parte resolutive de la misma, lo que se denomina congruencia interna, y de otra, que la decisión que ella contenga, sea concordante con lo pedido por las partes tanto en la demanda, como en el escrito de oposición, denominada congruencia externa, es decir, se tome la decisión conforme se ha marcado la controversia en el proceso.

(...)

Con el cumplimiento de este principio fundamental, se busca no solo la protección del derecho de las partes a obtener una decisión judicial que dé certeza jurídica al asunto que se ha puesto a consideración de un juez, sino que se salvaguarde el derecho de defensa de la contraparte, quien ha dirigido su actuación a controvertir los argumentos y hechos expuestos en la demanda.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié, sentencia de 16 de agosto de 2002, Radicación número: 76001-23-24-000-1997-4345-01(12668), Actor: PRODUCTORA DE PAPELES PROPAL S.A.

Su violación traería como consecuencia, igualmente la violación al debido proceso, en la medida en que nuestro ordenamiento positivo consagra etapas procesales exclusivas a que las partes manifiesten y contradigan argumentos en defensa de sus derechos, siempre bajo el marco de litis que se ha planteado desde la demanda (...).”.

Bajo en anterior marco, al restar el tiempo laborado en Comfenalco de los demás períodos laborados por el señor Gossain Jattin se concluye que él prestó sus servicios durante un período inferior a los 20 años que exige el ordenamiento jurídico para ser acreedor a la pensión de jubilación y, por lo tanto, las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad de los actos que efectuaron el aludido reconocimiento prestacional están llamadas a prosperar, tal como lo concluyó el *A quo*.

Es preciso aclarar que no es necesario efectuar pronunciamiento alguno en torno al tiempo laborado en el Hospital San Pablo, pues éste corresponde únicamente a 7 meses, con los cuales tampoco se lograrían acreditar los 20 años en referencia.

Así las cosas, y en consonancia con el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, el proveído impugnado será confirmado.

DECISIÓN

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

FALLA

Confírmase la sentencia de 31 de julio de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, que declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por la parte demandada; y, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República contra Ada del Carmen Roghini de Gossain y Marum Gossain Jattin.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA