



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, nueve (9) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
M. CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
RADICACIÓN: 70-001-33-33-007-2014-00139-01
DEMANDANTE: BEATRIZ ELENA LLANOS DE WILCHES
DEMANDADO: CAJANAL EN LIQUIDACION - UGPP.

OBJETO DE LA DECISIÓN.

Decide el Tribunal, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2016¹, por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, que negó las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA².

La señora **BEATRIZ ELENA LLANOS DE WILCHES** por conducto de apoderado judicial, formuló demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, **solicitando** que se declare la nulidad absoluta de la Resolución N° RDP 043716 del 20 de septiembre de 2013 por medio de la cual **CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN – UGPP**, le negó el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes en los términos del Acuerdo 049 de 1990.

A título de restablecimiento del derecho, pide se condene a CAJANAL EICE – UGPP, reconocer y pagar a su favor una pensión vitalicia de sobrevivientes en los términos del Acuerdo 049 de 1990, la cual debe hacerse efectiva a

¹ Fol.249 -263 C.N° 2.

² Folios 72-1010 C de Primera instancia.

partir del 1º de septiembre de 2000, fecha en que falleció el señor ANDRES ANTONIO WILCHES BALCERO.

Asimismo, suplica el reconocimiento de las primas de que tratan los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993 y el art. 43 del Decreto Reglamentario 692/94. En forma subsidiaria, solicita el reconocimiento y pago de las primas de que trata el art. 39 del Acuerdo de 1990;

De la misma forma, pretende, se condene a la demandada al pago de los intereses moratorios, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y se indexe el valor de las mesadas, primas y demás emolumentos adeudados, hasta la fecha en que se haga efectivo el reconocimiento y pago de la pensión reclamada.

Como ***fundamentos fácticos*** de la demanda, se afirmó:

El señor ANDRES CORSINI WILCHES BALSEIRO, nació el 04 de febrero de 1931 y falleció el día 31 de Agosto de 2000 por causa de origen común.

El señor ANDRES CORSINI WILCHES BALSEIRO, cotizó al sistema pensional, en CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN un total de 384,97 semanas.

La señora **BEATRIZ ELENA LLANOS DE WILCHES** contrajo matrimonio con el señor WILCHES BALSEIRO y convivió con él por más de 32 años hasta el día de su muerte; dependiendo económicamente del causante en forma total y absoluta, ya que él era quien satisfacía sus necesidades de primer y segundo orden.

La actora, el día 10 de julio de 2013 solicitó a CAJANAL el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en calidad de cónyuge y dicha petición fue resuelta en forma desfavorable a través del acto administrativo acusado.

Se invocaron como ***normas violadas***, el artículo 1º y siguiente del Acuerdo 049 de 1990, artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 53 de la Constitución Política.

En el ***concepto de violación*** la parte demandante esgrimió que existió violación a la Constitución y a la Ley, porque la Resolución N° RDP 043716 del 20 de septiembre de 2013 es violatoria de los artículos. 1º y ss del Acuerdo 049 de 1990, art. 36 de la Ley 100 de 1993 y el art. 53 de la Carta

Superior, para lo cual afirma que no es admisible que se haya negado el reconocimiento del beneficio de sustitución pensional por la ausencia de cotizaciones en los tres años anteriores al fallecimiento del causante y la fidelidad exigida por el sistema, como lo establece el art. 46 de la Ley 100 de 1993, si durante todo el tiempo de sus vinculación a la seguridad social cumplió con los requisitos exigidos por el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Estimó que en este caso se debe dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa, contemplado en el art. 53 de la Constitución, porque sería violatoria de dicho postulado y del principio constitucional de proporcionalidad, entender que dentro del nuevo régimen de la ley 100 de 1993, que redujo drásticamente el requisito de intensidad de semanas, quedaron abolidas las prerrogativas de los derechos habientes originadas por los afiliados que durante su vinculación como sujetos activos de la seguridad social habían cumplido todas las cotizaciones exigidas en el reglamento aplicable y antes de entrar a regir la nueva Ley se desafiliaron del sistema al considerar fundadamente que por faltarles únicamente el requisito del fallecimiento sus familiares podrían reclamar la respectiva prestación al momento del deceso.

Concluye este cargo afirmando que su poderdante tiene derecho a recibir la pensión de sobrevivientes con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, ya que el causante tiene más de 300 semanas cotizadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, de acuerdo al principio de favorabilidad y la condición más beneficiosa para el trabajador.

Igualmente señaló que se configura falsa Motivación, porque el derecho reclamado por la demandante se encuentra regulado por el art. 47 de la Ley 100 de 1993, norma que exige, para acceder a la pensión de sobrevivientes, 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la fecha del deceso del causante.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 07 de mayo de 2014 (Folio 2 a 25 C. Principal).

- Inadmisión de la demanda: 10 de junio de 2014 (Folio 69 C. Principal).
- Admisión de la demanda: 04 de julio 2014 (Folio 103 C. Principal).
- Notificación a las partes: 30 de septiembre de 2014 (Folio 109 C. Principal).
- Contestación a la demanda: 28 de enero de 2015 (Folio 173 a 178 C. Principal).
- Audiencia inicial: 23 de junio de 2015 (Folio 180 a 182 C. Principal).
- Sentencia de primera instancia: 2 de septiembre de 2016 (Folio 249 a 263 C. Numero 2).
- Recurso de apelación: 19 de septiembre de 2016 (Folio 276 a 283 C. Numero 2).
- concesión del recurso de apelación: 07 de octubre de 2016 (Folio 285 C. Numero 2).

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA³.

La entidad demandada, respondió oponiéndose a las pretensiones de la demanda por carecer de fundamento jurídicos y probatorios, señalando frente a los hechos que no era cierto el número de semanas cotizadas, que a la señora LLANOS DE WILCHES se le reconoció pensión de jubilación por parte de Cajanal, por lo que no era cierto que dependiera económicamente de su difunto esposo.

En su defensa manifestó que en el acto que se demandada, la entidad resolvió negar la pensión de sobrevivientes reclamada, por cuanto el señor ANDRÉS WILCHES BALSEIRO, no cotizó el número de semanas requeridas durante los tres (3) años anteriores a su muerte, tal como lo establece el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

Agregó que el señor WILCHES BALSEIRO laboró al servicio del Estado en diferentes entidades territoriales y nacionales, en forma ininterrumpida, y haciendo una sumatoria de los días laborados se tiene que éste estuvo activo en el servicio un total de 3.126 días laborados, lo que arroja un total de 446 semanas cotizadas al sistema general de seguridad social en

³ 173-176

pensiones, laborando hasta el año 1982 año hasta el cual realizó aportes al sistema de seguridad social.

A renglón seguido, expone que el señor WILCHES, falleció el 31 de agosto de 2000 y que si bien la señora LLANOS DE WILCHES acreditó en debida forma ser mayor de 30 años a la fecha de fallecimiento de su cónyuge y asimismo vida marital por los últimos cinco años de su vida; no se cumple el requisito de que el causante haya cotizado al sistema de pensiones un mínimo de 50 semanas dentro de los tres años anteriores al fallecimiento, de acuerdo con el numeral 2º del art.46 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual, la demandante no tiene derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes.

1.4. LA PROVIDENCIA RECURRIDA⁴.

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo en sentencia proferida el 2 de septiembre de 2016, negó las súplicas de la demanda.

Al efecto, señaló que el derecho a la pensión de sobrevivientes se causa y consolida en el momento del deceso del causante, sin que sea posible dar aplicación utractiva a la ley como lo pretende la demandante respecto del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, que no es aplicable a los servidores públicos; de manera que a la fecha en que se produjo el deceso del señor ANDRÉS WILCHES BALSEIRO, 31 de agosto de 2000, no se cumplían los requisitos de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 para que a la actora se le reconociera la pensión de sobrevivientes pretendida.

Expresó citando precedente del Consejo de Estado Sección Segunda, que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se regula por la norma vigente al momento del deceso del causante de la misma, por tanto si el señor WILCHES BALSEIRO, falleció en el año 2000, la norma aplicable era la Ley 100 de 1993 en sus artículos 46 y 47.

Acorde con lo anterior, expuso que el actor no consolidó el derecho para acceder a pensión de vejez como quiera que solo cotizó 446 semanas a lo largo de su vida laboral y tampoco fue pensionado por invalidez, lo que

⁴ Fols. 249 -263 C. Ppal.

descarta el primer supuesto fáctico de la norma citada. De igual forma, señaló que la norma igualmente determina como requisitos cuando la prestación es por muerte de afiliado, que el causante se encuentre afiliado al sistema de Seguridad Social en pensiones y hubiese cotizado al menos 26 semanas, o; que encontrándose desafiliado del sistema de Seguridad Social, hubiese realizado aportes por lo menos 26 semanas en el año inmediatamente anterior a su muerte, condiciones que no cumple el señor ANDRES WILCHES BALSEIRO, porque este efectuó cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en pensiones solo hasta el año de 1982 cuando culminó su periodo como Representante Principal a la Cámara de Representantes, es decir que al producirse su deceso ya llevaba 18 años sin efectuar aportes para consolidar su derecho pensional.

Concluyó entonces, que tal demostración deja sin piso la pretensión de la demanda, como quiera que la normatividad en comento exigía el pago de aportes dentro del año inmediatamente anterior a la muerte del causante, presupuesto que al no haberse acreditado hace imperioso negar las súplicas de la demanda, al prevalecer la legalidad del acto administrativo acusado.

Afirmó asimismo, que la norma invocada por la parte actora, el Decreto 049 de 1990, como quiera que la última entidad empleadora del actor fue el Congreso de la República, para lo cual, la Ley ha previsto un régimen pensional especial contenido de conformidad con el artículo 14 de la ley 33 de 1985. Por último, condenó en costas a la parte demandante.

1.5. EL RECURSO DE APELACIÓN⁵.

Inconforme la parte demandante presentó recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia y se accedan a las pretensiones de la demanda.

Afirmó que dentro de la formación del sistema de Seguridad Social en pensiones se formaron tres normatividades: a) la Ley 33 de 1985, b) la Ley 71 de 1988 y c) Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Dcto 758 del mismo año, lo que se conoce como Régimen de transición.

Que en vigencia el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, para el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes a los

⁵ Fls. 276 -283 C. N 2.

familiares del afiliado fallecido era indispensable que éste hubiese alcanzado a cotizar al menos ciento cincuenta semanas dentro de los seis años anteriores a la fecha del fallecimiento o trescientas semanas en cualquier época. Al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 se modificó dicho requisito, estableciéndose que para el otorgamiento de dicha pensión era indispensable que al momento del fallecimiento el afiliado estuviera cotizando al sistema y acumulara por lo menos veintiséis semanas cotizadas.

Igualmente dispuso la Ley 100 de 1993 que si al momento del fallecimiento el afiliado no estaba cotizando, pero durante el último año anterior a su muerte había cotizado por lo menos veintiséis semanas, también había lugar a la pensión de sobrevivientes. Pero se volvió a modificar el requisito y esta vez fue la Ley 797 de 2003 la encargada de señalar que para el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes era obligatorio que el afiliado hubiere cotizado mínimo cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, siendo esta la norma que se encuentra vigente.

Expuso que en vigencia la Ley 100 de 1993 fallecieron muchas personas que, si bien no habían alcanzado a cotizar las veintiséis semanas durante el último año de su vida, si acreditaban haber cotizado ciento cincuenta semanas dentro de los últimos seis años anteriores al 1º de abril de 1994, fecha en que entro en vigencia la Ley 100 de 1993 y otras que a esa misma fecha contaban con más de trescientas semanas cotizadas en toda su vida, o sea que durante la vigencia de la Ley 100, fallecieron personas que no cumplían el requisito de esa Ley. Pero que sí cumplían los requisitos que establecía el Acuerdo 049 de 1990 para dejar el derecho a la pensión de sobrevivientes.

CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN, al recibir las solicitudes de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes la rechazó aduciendo que no se cumplía con el requisito previsto por la Ley 100 de 1993 de acreditar 26 semanas sufragadas el último año previo al fallecimiento del afiliado.

Para resolver este tipo de situaciones se elaboró el principio de la condición más beneficiosa, no se trata de escoger entre dos normas vigentes la más favorable, sino de privilegiar la condición más beneficiosa. Así pues para

dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa deben estar de por medio dos normas, una derogada y una nueva vigente; toda vez que si ambas normas están vigentes, se trataría de la aplicación de la Ley más favorable o in dubio pro operario.

Agregó que la pensión de sobreviviente con la Vejez o Jubilación si son compatibles, a diferencia de las pensiones que son incompatibles, que son la pensión de Vejez con la pensión de Invalidez, lo que se hace que la accionante si puede causar la pensión al mismo tiempo. Situación que no fue valorada por el Juez de Instancia, debido a que la parte contraria presentó Resolución de pensión de la misma y por ende no alcanzaría a ser beneficiaría de dicha pensión de sobreviviente, siendo esa decisión contraria a derecho. Solicitando así al H. Tribunal Administrativo de Sucre, que se revoque la Sentencia de primera instancia en su totalidad y se acceda a las pretensiones de la demanda.

1.6. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

- Auto que admite el recurso de apelación: 15 de diciembre de 2016 (Folio 4 C. Apelación).
- Auto que ordena traslado para alegatos de cierre: 10 de febrero de 2016 (Folio 12 C. Apelación).

16.1. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

La parte demandante, insiste en la revocatoria de la sentencia de primera instancia, esgrimiendo nuevamente las razones expuestas en el recurso de apelación⁶.

La parte demandada a su turno, solicita se confirme la sentencia de primera instancia, bajo el argumento que el señor Andrés Wilches Balseiro al fallecer no dejó causado derecho a pensión de sobrevivientes porque no se cumplen los requisitos de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, reiterando los argumentos expresados en la contestación de la demanda⁷.

El delegado del **Ministerio Público** no emitió concepto en esta oportunidad.

⁶ Folios 21 – 27 cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folios 28-30 cuaderno de segunda instancia.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1 LA COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 de las Ley 1437 de 2011.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

La parte demandante solicitó la declaratoria de nulidad de la Resolución N° RDP 043716 del 20 de septiembre de 2013, por medio de la cual CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN – UGPP, le negó el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes en los términos del Acuerdo 049 de 1990.

2.3. PROBLEMA JURIDICO.

De conformidad con los antecedentes reconstruidos, el Tribunal debe establecer si *la señora BEATRIZ ELENA LLANOS DE WILCHES le asiste derecho al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes generada por el fallecimiento de su esposo, señor ANDRES WILCHES BALSEIRO, ocurrida el 31 de Agosto de 2000?*

2.3.1. DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Los requisitos para su reconocimiento vienen dados por la norma vigente al momento del fallecimiento del causante de la prestación económica.

La pensión de sobrevivientes, como prestación económica del Sistema General de Pensiones, esta instituida con la finalidad de apoyar y proteger a los miembros de la familia del trabajador o pensionado que fallece y evitar un estado de indefensión o desprotección del núcleo familiar frente a quien en vida suministraba el soporte vital del mismo.

La Corte Constitucional en la Sentencia T 730 de 2008, refiriéndose a la misma, se pronunció así:

"2.2 La pensión de sobrevivientes. Objetivo e importancia como derecho subjetivo derivado del derecho fundamental a la seguridad social. Evolución normativa.

"Como antes se anotó, el derecho a la seguridad social tiene como propósito principal procurar cierto grado de protección frente a las contingencias que pueden afectar la vida en condiciones dignas. Así las

cosas, con miras a garantizar este derecho, el legislador ha identificado una serie de circunstancias en las cuales se torna necesario garantizar prestaciones de diferente tipo que permitan a las personas afectadas por dichas contingencias superar las condiciones de debilidad manifiesta que tales situaciones suponen.

"Una de estas circunstancias es aquella que tiene lugar cuando quien proporciona los medios de subsistencia para un núcleo familiar determinado fallece, dejando a quienes lo integran desprovistos de los recursos económicos necesarios para procurar su sostenimiento, sin que para aquéllos sea posible asumir directamente tal responsabilidad en atención a su condición de ancianidad, invalidez o minoridad.

"De esta forma, como mecanismo para procurar la protección de quienes se ven afectados por tal contingencia, el legislador previó que los aportes efectuados al Sistema General de Pensiones permitieran que una vez tuviera lugar un evento de este tipo, se configurara en cabeza de quienes dependían económicamente del causante dos derechos subjetivos diversos dependiendo de la calidad en la que éste se encontrara en el sistema. Así, de un lado encontramos el derecho a la pensión de sobrevivientes, destinado a conceder al núcleo familiar de un trabajador afiliado al sistema de seguridad social una prestación económica que supla, al menos parcialmente, el salario que éste devengaba y que permitía el sostenimiento de sus familiares. Y, de otro lado, cuando los ingresos aportados por el causante provenían no de un salario sino de la pensión de vejez o invalidez devengada por éste, sus familiares serán destinatarios de la sustitución pensional, esto es, pasarán a ocupar el lugar del causante como titular de dicha prestación".

En pronunciamiento similar al anterior, la Alta Corporación dijo:

"Concretamente, la pensión busca que "ocurrida la muerte de una persona, quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento⁸. Desde esta perspectiva, ha dicho la Corte, "la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria"⁹. La ley prevé entonces que, en un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del occiso y compartían con él su vida, reciban una sustitución pensional para satisfacer sus necesidades."¹⁰

(...)

Ahora bien, de todo lo dicho puede concluirse que existen dos elementos fundamentales en la institución de la pensión de sobrevivientes: el primero, es que dicha pensión es una prestación inserta en el sistema de la seguridad social, que pretende proteger a la familia del causante, de los perjuicios económicos derivados de su muerte.

En segundo lugar, que el propósito de la institución es proteger al pensionado y a su familia de posibles convivencias de última hora que no se configuran como reflejo de una intención legítima de hacer vida marital, sino que persiguen la obtención del beneficio económico que reporta la titularidad de una pensión de vejez o invalidez. En este sentido, es claro que la norma pretende evitar la transmisión fraudulenta de la pensión de sobrevivientes".

⁸ Ver Sentencias T-190/93, T -553/94 y C-389/96.

⁹ Sentencia C-002 de 1999. MP Antonio Barrera Carbonell.

¹⁰ Sentencia C- 080 de 1999.

Para que surja el derecho a ella, imperativo es cumplir con una serie de requisitos, los cuales vienen dados por la norma pensional que se encuentre vigente al momento del fallecimiento de la persona que genera el derecho.

El régimen ordinario de pensiones para el sector público vigente para la época de los hechos, regulaba el derecho a la sustitución pensional así:

La Ley 33 de 1973 previó el derecho a la sustitución pensional a favor de la viuda, señalando que:

“Artículo 1o.- Fallecido un trabajador particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o un empleado o trabajador del sector público, sea este oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia”

Parágrafo 1º.- Los hijos menores del causante incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a recibir en concurrencia con la cónyuge supérstite, la respectiva pensión hasta cumplir la mayoría edad, o al terminar sus estudios, o al cesar la invalidez. En este último caso se aplicarán las reglas contempladas en el artículo 275 del Código Sustantivo de Trabajo y en las disposiciones que lo modificaron y aclararon”

Si concurrieren cónyuges e hijos, la mesada pensional se pagará, el cincuenta por ciento al cónyuge y el resto para los hijos por partes iguales.

La cuota parte de la pensión que devenguen los beneficiarios acrecerá a la que perciben las demás cuando falte alguno de ellos o cuando el cónyuge contraiga nuevas nupcias o haga vida marital”

Posteriormente, **la Ley 12 del 16 de enero de 1975** *“por la cual se dictan algunas disposiciones sobre régimen de pensiones de jubilación”*, estableció en su artículo 1º que el cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, tendrían derecho a la pensión de jubilación si éste falleciere, así:

Artículo 1º.- El cónyuge supérstite **o la compañera permanente** de un trabajador particular **o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge** si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convenciones colectivas.

La ley 113 de 16 de diciembre de 1985, por la cual se adiciona la Ley 12 de 1975 y se dictan otras disposiciones, al respecto señaló:

“**Artículo 1º.**- Para los efectos del artículo 1 de la Ley 12 de 1975, se entenderá que es cónyuge supérstite el esposo o esposa de la persona fallecida, siempre y cuando se hallare vigente el vínculo matrimonial según la Ley Colombiana en la fecha de la muerte.

Parágrafo 1º.- El derecho de sustitución procede tanto cuando el trabajador fallecido estaba pensionado como cuando había adquirido el derecho a la pensión.

Parágrafo 2º.- Si se diere el caso previsto por el numeral 12 del artículo 140 del Código Civil, sólo tendrá derecho a la pensión de jubilación el hombre o la mujer con quien la persona muerta contrajo primer matrimonio¹¹.

Artículo 2º.- Se extienden las previsiones del artículo 1 de la Ley 12 de 1975 y las disposiciones que las complementan al compañero permanente de la mujer fallecida.

Artículo 3º.- La presente Ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las normas que le sean contrarias”

Por su parte, **la Ley 71 de 1988** *“por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones”*, determinó que se extendían las previsiones de la sustitución pensional en forma vitalicia al cónyuge o **a la compañera (o) permanente que dependiera económicamente del pensionado.**

“Artículo 3.- Extiéndase las previsiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, de la Ley 12 de 1975, de la Ley 44 de 1980 y de la Ley 113 de 1985 en forma vitalicia, al cónyuge supérstite compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado, en las condiciones que a continuación se establecen:

1. **El cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente, tendrán derecho a recibir en concurrencia con los hijos menores o inválidos por mitades la sustitución de la respectiva pensión con derecho a acrecer cuando uno de los dos órdenes tengan extinguido su derecho.** De igual manera respecto de los hijos entre sí.
2. Si no hubiere cónyuge o compañero o compañera permanente, la sustitución de la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores o inválidos por partes iguales.
3. Si no hubiere cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, la sustitución de la pensión corresponderá a los padres.

¹¹ Este artículo establece que el matrimonio es nulo y sin efecto, cuando: 12) Cuando respecto del hombre o de la mujer, o de ambos estuviere subsistente el vínculo de un matrimonio anterior

4. Si no hubiere cónyuge supérstite, compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, ni padres, la sustitución de la pensión corresponderá a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante.

El Decreto 1160 de del 2 de junio de 1989 “*por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 71 de 1988*”, en su artículo 6º sobre sustitución pensional y beneficiarios, estableció:

“Artículo 5º.- Sustitución pensional. Hay sustitución pensional en los siguientes casos:

- a) Cuando fallece una persona pensionada o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez;
- b) Cuando fallece un trabajador particular o un empleado o trabajador del sector público después de haber completado el tiempo de servicios requerido por la ley, convenciones o pactos colectivos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación.

Artículo 6º.- Beneficiarios de la sustitución pensional. Extiéndanse las previsiones sobre sustitución pensional:

1. En forma vitalicia al cónyuge sobreviviente y, **a falta de éste**, al compañero o a la compañera permanente del causante.

Se entiende que falta el cónyuge:

- a) Por muerte real o presunta;
- b) Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico;
- c) Por divorcio del matrimonio civil.

2. A los hijos menores de 18 años, inválidos de cualquier edad y estudiantes de 18 años o más de edad, que dependan económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de minoría de edad, invalidez o estudios.

3. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente o hijos con derecho, en forma vitalicia a los padres legítimos, naturales o adoptantes del causante, que dependan económicamente de éste.

4. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente hijos y padres con derecho, a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante hasta cuando cese la invalidez.

Parágrafo- Los órdenes de sustitución consagrados en el presente artículo, se aplicarán a la pensión especial establecida en el artículo 1o. de la Ley 126 de 1985 en favor de los beneficiarios de los funcionarios o empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, conforme al artículo 4 de la Ley 71 de 1988”

Por último, con la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social, Ley 100 de 1993 se reguló la sustitución de la pensión de vejez incluso con la modificación realizada por la Ley 797 de 2.003, en los siguientes términos¹²:

“ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

- a) En forma vitalicia (...)
- b) En forma temporal (...)

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá al cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente¹³⁻¹⁴.

¹² Sin desconocer la Sala la existencia de los regímenes exceptuados conforme el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que enseña: “ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

¹³ La expresión “La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente” fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-336 del 4 de junio de 2014. Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo.

¹⁴ “...El artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modifica los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, señala quiénes son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y contempla una serie de condiciones que deben cumplirse para que el cónyuge o la compañera o compañero permanente superviviente tenga derecho a la pensión de sobrevivientes, en caso de que se presente la situación excepcional de la convivencia simultánea en los últimos cinco años previos al fallecimiento del causante, disposición sobre la que la Corte declara su constitucionalidad condicionada, en el entendido que además de la esposa o esposo, también es beneficiario de la pensión de sobrevivientes, el compañero o compañera permanente y dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido. ...

El requisito de la convivencia simultánea, para determinar el beneficiario de la pensión de sobreviviente tiene que ver con la convivencia caracterizada por la clara e inequívoca vocación de estabilidad y permanencia, esto es, que ocurran al mismo tiempo la convivencia del causante con el respectivo cónyuge y con el compañero o compañera permanente durante los cinco años previos a la muerte del causante y excluye de antemano las relaciones casuales, circunstanciales, incidentales, ocasionales, esporádicas o accidentales que haya podido tener en vida el causante, como tampoco se refiere a aquellas situaciones en las cuales el causante convivió con diversas personas de forma sucesiva (no simultánea), situación que tiene su regulación especial. ...

La jurisprudencia constitucional ha precisado con suficiencia las diferencias del matrimonio frente a la unión marital de hecho y ha sostenido que el matrimonio y la unión marital de hecho son instituciones con especificidades propias y no plenamente asimilables, y no obstante, a partir del reconocimiento de estas diferencias, la Corte ha amparado el derecho a la igualdad de las personas que en ambos casos han constituido una familia....

El Consejo de Estado de manera reciente ha señalado que en el caso de las pensiones, la norma que regula el derecho a la prestación es la vigente a la fecha del nacimiento del derecho, rectificando la posición que venía sosteniéndose al respecto, como se puede apreciar en proveído calendado 25 de abril de 2013¹⁵, en el cual, por considerar que el derecho a la Pensión de Sobrevivientes se causa al momento del fallecimiento del pensionado o del afiliado que deja generado el derecho, por lo que las normas aplicables son las vigentes para esa época, de forma tal que resolver dicha situación a la luz de una norma que fue expedida con posterioridad sería darle un efecto retroactivo a la misma¹⁶, agregando esta Sala que de igual forma no es posible aplicar normas que no se encuentran vigentes o fueron derogadas con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues para ello, esto es, pensión de sobrevivientes, no se estableció un régimen de transición, sino una regla de reconocimiento clara, que viene dada por la Ley vigente al momento de que se produce el hecho que genera la contingencia que da lugar, dicho sea de paso, al nacimiento de la prestación económica.-

En tal sentido, cuando se pretenda el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, el análisis de los requisitos para conceder el derecho se realiza de cara a la norma vigente, para el momento del fallecimiento del causante de la prestación económica.

La pensión de sobrevivientes es un derecho revestido por el carácter de cierto, indiscutible e irrenunciable, y constituye para sus beneficiarios un derecho fundamental. ...

El propósito perseguido por la Ley al establecer la pensión de sobrevivientes ha sido el de ofrecer un marco de protección a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte....

Teniendo en cuenta que con la pensión de sobrevivientes se garantizan derechos constitucionales de carácter fundamental, las disposiciones destinadas a regular los aspectos relacionados con esta prestación asistencial, de ningún modo, podrán incluir expresa o implícitamente tratos discriminatorios que dificulten el acceso a ésta, dada su especial dimensión constitucional. ...”

¹⁵ Radicación No. 76001 23 31 000 2007 01611 01 (1605-09)

¹⁶ Posición que es reiterada por esa misma Corporación en Sentencia proferida el día 4 de julio de 2013 dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho seguido por Aleida Palacio Palacio contra la Nación - Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, radicado bajo el No. 05001-23-31-000-2008-00975-01 (2285-12) M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez y de forma reciente en sentencia del sentencia del 13 de mayo de 2015, Consejo de Estado, Sección Segunda. Expediente 6800112333000 201200398 01 (0566-2014). Consejera Ponente. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Igualmente, Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia 05001233300020130032001 (053714), 3/3/2015, M.P. Eduardo Gómez Aranguren

En el caso que nos ocupa, el señor ANDRÉS WILCHES BALSEIRO, falleció el día el 31 de Agosto de 2000¹⁷, por tanto, la norma que regula el reconocimiento y los requisitos de la pensión de sobrevivientes que aquí se reclama, están dados por la Ley 100 de 1993, artículos 46, 47 y 48, por ser Cajanal un ente Gestor del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del Sistema General de Pensiones, que este caso particular sería en su redacción original, esto es, sin las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003, por ser norma posterior.

Sobre la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el artículo 151 de la Ley 100 de 1993, dispone:

“ARTÍCULO 151. VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1o. de Abril de 1.994. No obstante, el Gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente Ley, a partir de la vigencia de la misma.

PARÁGRAFO. El Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1.995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental.”

El artículo 46 de la ley 100 de 1993, sobre los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes, estableció

“ARTÍCULO 46. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:
 - a. Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;
 - b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente Ley.”.

De lo anterior, se tiene que la Ley 100 de 1993, regula dos supuestos que generarían pensión de sobrevivientes:

1. Muerte de pensionado por vejez o invalidez; y

¹⁷ Registro Civil de Defunción obrante a folio 27 de la Notaria Única de San Onofre, con indicativo serial No. 1904587.

2. Muerte de afiliado (activo o inactivo), i) pero que se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte; ii) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

De cara a estos requisitos, el análisis probatorio, la documental obrante a folio 28 demuestra que la señora BEATRIZ ELENA LLANOS DE WILCHES, contrajo matrimonio con el señor ANDRÉS WILCHES BALSEIRO (QEPD), el 16 de junio de 1963¹⁸

No obstante, el fallecimiento del señor ANDRÉS WILCHES BALSEIRO, acaecida en el agosto del año 2000, no genera derecho a pensión de sobreviviente, porque a esa fecha:

1. No ostentaba la condición de pensionado por vejez o invalidez.
2. Dejó de laborar en el año 1982¹⁹, y por tanto no reúne las 26 semanas en el año inmediatamente anterior al que se produjo su fallecimiento.

Así las cosas, como lo expuso el a quo, no se reúnen los requisitos para que el deceso del señor WILCHES BALSEIRO diera lugar a la prestación económica cuya demanda en sede judicial se reclama.

Por otra parte, no es posible bajo las reglas del Acuerdo 049 de 1990 entrar a estudiar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, por cuanto, la condición de favorabilidad exige la regulación de una situación por dos normas que estén vigentes, y dicho sea de paso, a partir de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, la pensión de sobrevivientes, entró a regularse por dicha norma de forma íntegra y en consecuencia dejaron de tener efectos las reglas de citado acuerdo.

Aunado a lo anterior, tal normativa corresponde al Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte, el cual tiene un campo de aplicación restringido puesto que tiene como únicos destinatarios

¹⁸ Acta de registro de matrimonio de la Notaria Segunda del Círculo de Barranquilla.

¹⁹ Tal como se prueba con las documentales obrantes a folios 32 a 60 que fueron incorporadas al proceso, específicamente certificados de salarios y tiempo de servicios.

a los afiliados al Instituto de Seguros Sociales, que para el caso que centra el estudio de la Sala no se cumple por el fallecido WILCHES BALSEIRO.

De igual forma, dada la calidad de empleado público que ostentó en vida el causante, sumado a la fecha de su muerte, la norma cuya aplicación se pretende, no puede ser la norma aplicable para el caso concreto para efectos de contraponerla frente a los requisitos regulados en la Ley 100 de 1993, puesto que las reglas del Acuerdo 049 de 1990, delimitan su ámbito de aplicación a los trabajadores particulares, sean independientes o que se encuentren bajo la modalidad de contrato de trabajo, que realicen aportes al Instituto de los Seguros Sociales -ISS- para el aseguramiento de las contingencias de invalidez, vejez y muerte²⁰.

En ese orden, no hay lugar al estudio de la prestación económica bajo los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, razón por la cual, comulga esta Sala con la decisión adoptada por la primera instancia, razón por la cual, sin mayores ambages, se confirmara la sentencia apelada, esto es, la proferida el 2 de septiembre de 2016 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo, que negó las pretensiones de la demanda.

2.4 CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

En atención que no prospero el recurso de apelación, se condenara en costas de segunda instancia a la parte demandante, de conformidad con lo consagrado en los artículos 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. En firme la presente providencia, ordénese que por el *A quo* se realice la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

3. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SINCELEJO, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

²⁰ Al respecto consultar, CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 13 de mayo de 2015, EXPEDIENTE N° 6800112333000 201200398 01 (0566-2014). C. P. Sandra L. Ibarra Vélez; providencia que fue citada por el Despacho de Primera instancia.

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia apelada, según lo expuesto en los considerandos de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la parte demandante apelante y a favor de la parte demandada. En firme la presente providencia, por el *A quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Esta providencia se discutió y aprobó en Sala de Decisión Ordinaria Oral, conforme consta en Acta No. 076 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL AROGTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA