



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, veintinueve (29) de junio de dos mil diecisiete (2017)

SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

REFERENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
RADICADO: 70-001-33-33-009-2013-000249-01
DEMANDANTE: MARÍA ELENA DÍAZ POMARES
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES "UGPP"

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 27 de Junio de 2016 por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, la cual resolvió negar las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA¹

La señora María Elena Díaz Pomares por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda *solicitando* que se declare la nulidad de la Resolución No. RDP 0037813 del 15 de Agosto de 2013, la cual niega la reliquidación de la pensión y la Resolución RDP-044185 del 24 de Septiembre de 2013.

Asimismo, pretende la nulidad parcial de la Resolución No 007495 de 2000, la cual ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la accionante y

¹ Fol. 1-7 C. Primera Instancia.

se ordene reliquidar la pensión o prestación económica con base en todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Como consecuencia, pretende se ordene a CAJANAL en liquidación que reconozca a favor del demandante una pensión definitiva en cuantía de \$295.590 retroactiva al 31 de julio de 2010 hasta la fecha en que se haga efectivo el pago y disponga la indexación de los valores dejados de percibir.

Como **fundamentos fácticos** de la demanda, la señora MARIA ELENA DIAZ POMARES expresó que el causante el señor MIGUEL ANGEL OLIVARES POLANIA, en vida laboró en el INPEC desde el 31 de julio de 1986 hasta el 30 de julio de 1998, esto es 12 años, este mismo año ocurrió su fallecimiento.

Al momento del reconocimiento la entidad no tuvo en cuenta todos los factores salariales devengados por el trabajador y solo se reconoció el salario básico, sobresueldo y la bonificación por servicios, a los cuales se les aplicó el 49%, quedando la pensión en una suma definitiva de \$229.879.

Expresó que el día 31 de julio de 2013 se hizo la reclamación administrativa y se solicitó a la entidad demandada la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados por el causante el último año. Mediante resolución RDP 0037813 del 15 de agosto de 2013, notificada el 5 de septiembre se niega la liquidación de la pensión y mediante la Resolución RDP 044185 del 24 de septiembre de 2013, notificada el día 15 de octubre de 2013 confirma la resolución que niega la resolución.

Como **normas violadas y concepto de violación**, la parte actora expuso que la entidad demandada se sustrae de la obligación que impone la ley de liquidar la pensión conforme a todos los factores salariales que devengó el causante de la prestación cuando laboró al servicio del INPEC, los cuales deben ser liquidados con el salario promedio del último año de servicios.

Afirmó que se viola el mandato legal que impone la ley 32 de 1986 en los artículos 73 y siguientes, en cuando no se reconoce la pensión teniendo en cuenta la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios, artículos 82 y 83 en la norma que hacen referencia al subsidio de alimentación y transporte, pues que al

momento de liquidar la pensión CAJANAL desconoce todo los factores salariales establecidos en las normas en comento.

Dijo además que se desconoce el decreto 407 de 1994 artículo 185, por cuanto se desecha el reconocimiento de todas las prestaciones sociales que establece esta norma, tales como, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de riesgo, subsidio de transporte, alimentación y unidad familiar, así como al pago de sobresueldo establecido en los decretos 1302 de 1978 y 447 de 1984, en concordancia con el artículo 17 de la ley 100 de 1993, en cuanto establece la obligatoriedad de las cotizaciones.

1.2. ACTUACION PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA

- La demanda fue presentada el 29 de octubre de 2013 (Folio 1-7 C. principal).
- Admisión de la demanda: 29 de noviembre de 2013 (Folio 51 C. Principal).
- Notificación a las partes: 16 de enero de 2014 (Folio 56 C. Principal).
- Contestación a la demanda: 01 de abril de 2014 (Folio 126 -129)
- Audiencia inicial: 29 de julio de 2014 (Folio 142 y 143 C. Principal).
- Audiencia de prueba: se prescindió del término probatorio (Folio 154 al 155 C. principal) y se dictó sentencia el 27 de junio de 2016 (Folio 161-166 C. Principal)
- Apelación de sentencia: 15 de julio de 2016(Folio 171-173).
- Concesión del recurso por el Juzgado de Primera Instancia: 2 de agosto de 2016.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La entidad demandada – UGPP-, se opuso a las pretensiones de la demanda por que en su sentir carecen de fundamento jurídico. En su defensa, expuso que el causante de la pensión de sobreviviente se encontraba cobijado por el régimen especial de los funcionarios del INPEC, sin embargo, al momento de su deceso no había adquirido el estatus de pensionado por lo que se le reconoció a sus beneficiarios la pensión post mortem de conformidad con los artículos 46 y siguientes de la ley 100 de 1993. Como el régimen especial para el reconocimiento de la pensión de los miembros del INPEC no contempla los factores salariales se

² Fol. 126 a 129 C. Ppal.

debía aplicar las normas generales vigentes de los empleados públicos nacionales conforme al art. 184 del Decreto 407 del año 1994.

Así mismo, que la pensión de sobreviviente se reconoció teniendo en cuenta los salarios devengados durante los últimos diez años de servicio y los emolumentos laborales constituyentes en el salario, en observancia con la ley 100 de 1993 y su Decreto reglamentario 1158 de 1994, dentro de los cuales no figuran la prima de servicio, la prima de riesgo, la prima de alimentación, la prima de transporte y la prima de navidad. Formuló la excepción de prescripción y solicitó el reconocimiento de cualquier otra que resulte probada con fundamento en el artículo 282 del CGP.

1.4 LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA APELADA³

El Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo en sentencia del 27 de junio de 2016 negó las pretensiones de la demanda. Al efecto, señaló que estaba acreditado que el señor Miguel Ángel Olivares Polania, laboró al servicio del INPEC como Dragoneante durante 12 años, desde el 31 de julio de 1986 al 30 de julio de 1998, tal como lo certificó la misma entidad y que falleció el 30 de julio de 1998.

A la fecha del fallecimiento del señor Miguel Ángel Olivares Polania (30 de julio de 1998) se encontraba vigente la ley 100 de 1993, de tal manera que es la norma aplicable al caso concreto, fecha para la cual el causante alcanzaba 8 años de servicio (vigencia de ley 100 de 1993) y a la fecha de su deceso, 11 años y 23 días de servicio.

Mediante Resolución No. 007495 Cajanal reconoció pensión de sobrevivientes a MARIA ELENA DIAZ POMARES en condición de cónyuge supérstite y a MIGUEL ANGEL OLIVEROS DIAZ, en condición de hijo, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 48 y 21 de la Ley 100 de 1993.

En el acto que ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente solo se incluyeron la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, como factores salariales para su liquidación, agregando que la disposición legal que debe aplicarse para determinar los factores salariales con los cuales se debe liquidar la pensión de sobrevivientes, son los previstos en el artículo 1º del Decreto

³ Fols. 161-166 C. Ppal.

1158 de 1994, que modificó el artículo 6º del Decreto 691 de 1994 y no todos los devengados como eventualmente suele reconocerse cuando el petitum se circunscribe al régimen de transición, con la aplicación consecuente de la Ley 33 de 1985, que para tal caso, tampoco sería para toda la vida del trabajador sino durante el último año de prestación de servicios.

En este orden de ideas la providencia, los factores salariales a tener en cuenta a efectos de la reliquidación solicitada, serian, la asignación básica mensual y la bonificación por servicios prestados pues la prima de servicio, prima de riesgo, prima de alimentación, prima de transporte y prima de navidad, percibidas de conformidad con la certificación expedida por el coordinador del grupo de tesorería del INPEC, no pueden ser tenidas en cuenta de acuerdo con el marco normativo.

1.5 EL RECURSO DE APELACIÓN⁴

Inconforme con la sentencia de primera instancia, la parte demandante presentó recurso de apelación solicitando su revocatoria y la consecuente concesión de las suplicas de la demanda.

Para el efecto señaló que a la actora si le asiste el derecho a que se reliquide la pensión de sobreviviente tratada en este proceso, porque el causante por pertenecer al Régimen del Personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto Nacional y Penitenciario INPEC, del cual era Dragoneante, tiene derecho a un régimen pensional especial, no siendo aplicable en este caso la ley 100 del 1993; régimen especial para el cual el causante ya venía realizando cotizaciones.

Citando providencia del 10 de agosto de 2006 de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, sobre el régimen especial de pensiones del INPEC, afirmó que como quiera que el causante al momento de entrar en vigencia el Decreto 407 de 1994 ya laboraba al servicio del INPEC como Dragoneante, para efectos de reconocer y liquidar la pensión de sobrevivientes, se debió tener en cuenta todos los factores constitutivos de salario en un porcentaje del 75%.

Refuerza su argumento, señalando que la sentencia de unificación del H. Consejo de Estado en su Sección Segunda, de fecha 4 de agosto de 2010, en sentencia del

⁴ Fls. 171 a 173 C. Ppal.

4 de agosto de 2010 No Interno 0112.-2009, indica que en que para la liquidación de la pensión de jubilación o en su lugar la pensión de sobreviviente, se deben tener en cuenta los salarios y factores salariales devengados por el servidor público fallecido.

1.6 TRAMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA. Alegatos de conclusión de las partes y concepto del Ministerio Público.

El proceso es repartido el 3 de octubre de 2016 al Despacho de la Magistrada Silvia Escudero Barboza, la cual en, escrito del 3 de octubre de 2016 se declaró impedida para resolver el asunto, toda vez que profirió como Juez Noveno Administrativo de Sincelejo, la sentencia de primera instancia, impedimento que fue aceptado por el resto de la Sala en auto del 28 de octubre de 2016, correspondiendo en consecuencia al trámite y decisión del recurso de apelación al magistrado que funge como Ponente de la presente decisión⁵.

Dilucidado lo anterior, en auto del 25 de enero de 2017 se admite el recurso de apelación, ordenándose posteriormente en auto del 3 de abril de 2017 correr traslado a la partes para alegar y al Ministerio Público para que rindiera concepto⁶.

En la **etapa de alegatos** conforme nota Secretarial obrante a folio 31 del cuaderno de segunda instancia y memorial obrante a folios 26-30 del mismo cuaderno, **solo se pronuncia la parte demandada** – UGPP-, entidad que solicita la confirmación de la sentencia de primera instancia, reiterando que las normas aplicables frente al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de la actora viene dada por la Ley 100 de 1993, puesto que cuando el causante de la misma falleció (30 de julio e 1998) no había adquirido el estatus de pensionado, por lo que se deben aplicar las reglas de los artículos 46 y siguientes de la citada Ley 100; agregando en su argumentación que si bien el actor como trabajador activo del INPEC se encontraba cobijado por un régimen especial de pensión dado por el Decreto 407 de 194, este no establece cuales son los factores salariales para liquidar prestaciones sociales y/o pensiones, siendo aplicable entonces a los servidores públicos del INPEC, el Decreto 1158 de 1995, norma vigente a la fecha de la causación del derecho pensional reclamado, siendo entonces que solo la

⁵ folios 1-7 cuaderno de segunda instancia

⁶ Folios 8-22 cuaderno de segunda instancia.

asignación básica y la bonificación por servicios prestados son los que se consideran como tales para liquidar y determinar el quantum pensional.

El representante del Ministerio Público ante esta Corporación no emitió concepto.

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 la Ley 1437 de 2011.

2.2 PROBLEMA JURÍDICO.

Teniendo en cuenta los antecedentes reconstruidos y los reparos formulados por la parte demandante – recurrente, debe entrar el Tribunal a determinar, ¿si hay lugar a que se reliquide la pensión de sobreviviente reconocida a la demandante, con ocasión del fallecimiento de su cónyuge, señor Miguel Ángel Olivares Polania, ocurrida el 30 de julio de 1998, teniendo en cuenta los factores salariales que este devengada como Dragoneante del INPEC?

2.2.1 GENERALIDADES DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES. Finalidad.

La pensión de sobrevivientes o pensión por muerte se constituye como una prestación orientada a solventar la ausencia definitiva de la persona encargada del sostenimiento del grupo familiar, pues de lo contrario, de no generarse éste derecho prestacional, se dejaría a aquellos familiares o beneficiarios en situación de desamparo, lo cual implicaría una afectación sustancial a sus condiciones mínimas de subsistencia.

Al respecto, el Honorable Consejo de Estado, ha manifestado lo siguiente:

"...En primer término, es preciso indicar que la consagración legal del derecho a la pensión de sobrevivientes se encamina a proteger el núcleo familiar del afiliado o pensionado que fallece, en razón a las especiales relaciones de afecto, convivencia y dependencia económica existentes entre ellos, las cuales ameritan una previsión especial con el objetivo de impedir el futuro desamparo de dichas personas, teniendo en cuenta que

desde la Constitución Política se ha entendido que la familia constituye el sustrato fundamental de la sociedad⁷...”

La Corte Constitucional en la Sentencia T 730 de 2008, refiriéndose a su finalidad 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”.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. Sentencia del dos (2) de Agosto de 2012. Consejero Ponente: Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Radicado Número: 050012331000200200672 01 (1020-2010).

En ese orden, no debe olvidarse entonces que la finalidad de la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional, no es otra, que suplir en parte los ingresos del causante de la prestación que eran destinados no sólo para su sostenimiento sino para el de su grupo familiar, el que resulta desprotegido ante su fallecimiento, restando señalar que dada su naturaleza imprescriptible el reconocimiento del derecho puede ser reclamado en cualquier tiempo⁸.

Ahora bien, como prestación del sistema de seguridad social, se genera por, fallecimiento de pensionado o por fallecimiento de empleado activo, cumpliendo en este último caso, con los requisitos adicionales, relacionados con el vínculo material, el tiempo de convivencia, tiempo de servicios y/o densidad de cotizaciones; condiciones de acceso al derecho que vienen dados y regulados por la norma pensional que se encuentre vigente al momento del fallecimiento de la persona que generaría el derecho.

Al respecto, el H. 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 2013⁹, 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 misma¹⁰, agregando esta Sala de Decisión, 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 transición¹¹, sino una regla de reconocimiento clara, que viene dada por la Ley vigente al momento de que se produce el hecho que genera

⁸ *"Para la Corte, el carácter imprescriptible del derecho a la pensión se deriva directamente de principios y valores constitucionales que garantizan la solidaridad que debe regir la sociedad, y además, se constituye en un instrumento para garantizar la especial protección que el Estado debe a las personas de la tercera edad, con el propósito de asegurar el mantenimiento de unas condiciones de vida digna. Debe la Corte precisar, que la imprescriptibilidad de la pensión se predica del derecho considerado en sí mismo, pero no de las prestaciones periódicas o mesadas que él implica y que no han sido cobradas, las cuales se encuentran sometidas a la regla general de prescripción de las acreencias laborales de 3 años, prevista en el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social".* Corte Constitucional sentencia T 485 de 2011, entre otras.

⁹ Radicación No. 76001 23 31 000 2007 01611 01 (1605-09)

¹⁰ 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). C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Igualmente, Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia 05001233300020130032001 (053714), 3/3/2015, M.P. Eduardo Gómez Aranguren

¹¹ El Régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 solo aplica para pensión de vejez.

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.

2.2.2. DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES EN LA LEY 100 DE 1993. ARTICULOS 46 Y 47 MODIFICADOS POR LA LEY 797 DE 2003. APLICACIÓN A LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS DEL INPEC CUANDO FALLEZCAN SIN CUMPLIR LOS REQUISITOS PARA RECONOCER PENSIÓN DE JUBILACIÓN.

El sistema general de pensiones previó la protección de las contingencias derivadas de la invalidez, vejez y muerte, estableciendo una serie de prestaciones económicas y asistenciales a cargo de las entidades gestoras de la seguridad social. Como prestación económica, la pensión de sobrevivientes¹² fue regulada en los artículos 46 y siguientes de la ley 100 de 1993, estableciéndose los siguientes supuestos para su causación i) **muerte de afiliado** con densidad de cotizaciones y ii) **muerte de pensionado**, veamos:

Se itera que la norma aplicable viene dada por la fecha de fallecimiento de la persona del cual se deriva la prestación, en este caso, el señor MIGUEL ANGEL OLIVARES POLANIA, **falleció el 30 de julio de 1998** por tanto el reconocimiento pensional se regula por los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, que fueron modificados por la Ley 797 de 2003, ello habida consideración que si bien, el causante al momento de su fallecimiento se encontraba prestando servicios al INPEC, como Dragoneante, siendo empleado público cobijado por régimen especial traído por el Decreto 407 de 1994, **esta misma normativa en el artículo 170, dispuso que la pensión de sobrevivientes de origen común estaría regulada por la Ley 100 de 1993.**

Textualmente, el artículo 170, determina:

¹² Concepto que cobija igualmente la sustitución pensional propiamente

"ARTÍCULO 170. PENSION DE INVALIDEZ POR RIESGO DE ORIGEN NO PROFESIONAL Y PENSION DE SOBREVIVIENTES. **Las pensiones de invalidez por riesgo común, así como las pensiones de sobrevivientes por el mismo riesgo, estarán reguladas por la Ley 100 de 1993.**

PARAGRAFO. Para todos los aspectos cuya regulación fue remitida a la Ley 100 de 1993, regirán las disposiciones vigentes mientras se desarrolla la reglamentación de dicha ley" (Subrayas y negrillas de la Sala).

En ese orden, las reglas de reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes traídas por la Ley 100 de 1993, determinan:

"ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> 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 al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:

a) <Literal INEXEQUIBLE>

b) <Literal INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO 1o. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.

PARÁGRAFO 2o. <Parágrafo INEXEQUIBLE>." (Negrillas y subrayas de la Sala)

Por su parte, el artículo 47 establece los órdenes de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, los cuales no se transcriben, por cuanto la Litis, no se centra en este punto.

Como se puede advertir, y para lo que al caso interesa, el requisito fundamental establecido para que se genere pensión de sobrevivientes en el sistema general de pensiones, cuando el derecho lo genera el fallecimiento de un empleado activo – afiliado, como el caso que centra la atención de la Sala, habida cuenta que se trata de una pensión de sobrevivientes generada por riesgo común, es que el causante de la prestación cumpla con los aportes correspondientes a 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento.

2.22.3. DE LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE EN EL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES.

Frente al monto de la pensión de sobrevivientes, el artículo 48, distingue cuando el reconocimiento deviene de muerte de pensionado o muerte de afiliado, así:

“ARTÍCULO 48. MONTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. El monto mensual de la pensión de sobrevivientes **por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba.**

El monto mensual de la Pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente Ley.

No obstante lo previsto en este artículo, los afiliados podrán optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley equivalente al 65% del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto”. (Negrillas fuera del texto).

Ahora sobre los factores salariales que conforman el ingreso base de liquidación a los cuales se aplica la tasa de remplazo, el artículo 21

“ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, **el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.**

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo” (negrillas fuera del texto)

En orden de lo expuesto, para la pensión de sobrevivientes regulada por Ley 100 de 1993, en caso de muerte de afiliado con densidad de cotizaciones, el monto de la pensión será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación, siendo el ingreso base de liquidación el promedio de los salarios sobre los cuales se ha cotizado durante los últimos 10 años o en todo el tiempo si este fuere inferior.

En ese orden, los factores salariales que le deben aplicar a los servidores públicos que se encuentren incorporados al Sistema General de Pensiones, contemplados en el Decreto 691 de 1994, el cual ha sido modificado por el Decreto 1158 de 1994, cuando de liquidar la pensión de sobrevivientes se trate, son los siguientes:

“Artículo 6 del Decreto 691 de 1994 quedara así:

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos que por el presente decreto se incorporan, estará constituido por los siguientes factores:

- a)** La asignación básica mensual;
- b)** Los gastos de representación;
- c)** La prima técnica, cuando ésta sea factor de salario;
- d)** La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- e)** La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna.
- f)** La bonificación por servicios”

2.2.4. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE POR TRANSICIÓN A LOS MIEMBROS DEL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA PENITENCIARIA NACIONAL. RESPETO DEL REGIMEN ESPECIAL Y FACTORES SALARIALES PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y/O VEJEZ Y LA IMPOSIBILIDAD DE APLICAR DICHAS REGLAS AL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES DERIVADA DE MUERTE DE ORIGEN COMUN.

De conformidad con el párrafo transitorio¹³ del Acto Legislativo No. 1 de 2005, el régimen de transición de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria, que ingresaron a la institución antes del 26 de julio de 2003, fecha de entrada en vigencia del decreto 2090 de 2003, es el contenido en las normas anteriores a la vigencia de dicho decreto, esto es, el previsto en la Ley 32 de 1986 y el Decreto 407 de 1994.

Por su parte la Ley 32 de 1986 "Por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia", dispone en el art. 96:

"Pensión de Jubilación. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir 20 años de servicios, continuos o discontinuos al servicio de la Guardia Nacional, sin tener en cuenta su edad".

De la lectura de la norma, es dable apreciar la intención del legislador de establecer un régimen especial para los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, en el entendido que, el único requisito que exige para acceder a la pensión de jubilación está constituido por el tiempo de servicios. No obstante que, la Ley 32 de 1986 guarda silencio en lo concerniente a la base salarial para la liquidación de la pensión, el art. 114, posibilita acudir de forma subsidiaria a las normas vigentes que sobre la materia se aplica a los empleados públicos nacionales.

La norma en cita expresa: *"Normas subsidiarias. En los aspectos no previstos en esta Ley o en sus decretos reglamentarios, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia*

¹³ "Parágrafo transitorio 5o. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. A quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, este es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes".

Penitenciaria Nacional, se les aplicará las normas vigentes para los empleados públicos nacionales”

Por su parte el Decreto 407 de 1994 “Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y carcelario, en el art. 168¹⁴ estableció:

“PENSION DE JUBILACION. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, que a la fecha de la vigencia del presente decreto se encuentren prestando sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos establecidos en el art. 96 de la Ley 32 de 1986. El tiempo de servicio prestado en la fuerza pública se tendrá en cuenta para estos efectos”.

Obsérvese que, esta norma mantiene el régimen pensional previsto en el art. 96 de la Ley 32 de 1986, pero igual que ésta, no define los factores de salario para la liquidación de la pensión de jubilación, empero, de igual forma que la Ley 32 de 1986, contempla la posibilidad de remitirse subsidiariamente a las normas vigentes aplicables a los servidores públicos nacionales.

Así lo establece el art. 184:

“En los aspectos no previstos en este Decreto o en los reglamentarios, a los empleados del Instituto se les aplicarán las normas vigentes para los servidores públicos nacionales”.

En lo atinente al ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, El Honorable Consejo de Estado¹⁵, ha manifestado que este hace parte del monto de la pensión de vejez, de tal suerte que, el ente gestor al aplicar la tasa de remplazo, no debe aplicar la preceptiva del inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993, sino la que disponga la norma que por vía transicional o especial corresponda. Lo anterior, por cuanto liquidar la pensión tomando el monto de una norma y la base de liquidación de otra, sería vulnerar el principio de Inescindibilidad.

La tesis anterior que, se extrae de los pronunciamientos efectuados por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, ha encontrado eco en la jurisprudencia que por

¹⁴ Derogado por el art. 11 del Decreto 2090 de 2003

¹⁵ Ver entre otras las siguientes sentencias de la Sección Segunda: Sentencia del 16 de febrero de 2006, radicación número: 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04). Sentencia del 23 de 2006, radicación número: 25000-23-25-000-2001-07475-01(1406-04). Sentencia del 26 de enero de 2006, radicación número: 25000-23-25-000-2002-05558-01(2985-05)

vía de tutela ha construido la Corte Constitucional, quien acerca del IBL, del régimen de transición en sentencia T- 631 del 8 de agosto de 2002¹⁶ expuso:

“El monto de la pensión se calcula sobre una base y de allí se saca un porcentaje. No se puede entender el uno sin el otro. Esa base, en la teoría de la seguridad social, se denomina indistintamente como base reguladora, haber regulador, salario jubilatorio o haber jubilatorio. La ley puede fijar el promedio para la base regulatoria de maneras diferentes. Lo fundamental es que cuando el promedio corresponda a un promedio reducido se suele tomar lo ingresado, y, si la base regulatoria es amplia, se actualiza según cómo evolucionen los precios o los salarios.

La ley 100 de 1993 estableció la base regulatoria para el régimen ordinario de las pensiones, bajo la denominación de Ingreso Base de Liquidación. Señaló que se liquidará teniendo en cuenta “el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante diez años anteriores al reconocimiento de la pensión...” (Artículo 21). Pero, tratándose de regímenes especiales, se tendrá en cuenta la base reguladora y el porcentaje que señalen específicamente tales regímenes”

Pues bien, durante la vigencia del decreto 407 de 1994, el régimen vigente aplicable a los servidores públicos de orden nacional, era la Ley 33 de 1985 y su Decreto Reglamentario No. 62 del mismo año, pues para esa época todavía no se había expedido la Ley 100 de 1993.

La Ley 33 de 1985, en su art. 1 dispone:

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

No obstante, esta norma excluye del régimen general de pensiones contemplado en la Ley 33 de 1985, a los empleados que pertenecen a un régimen especial:

¹⁶ Criterio que reiteró en la sentencia T-180 de 2008, donde se expone que la fórmula de cálculo del ingreso base de liquidación prevista en el inciso tercero del Art. 36 de la ley 100 de 1993, tiene un carácter supletorio, la cual solo puede ser aplicada cuando el régimen especial no contempla una técnica específica para liquidar la mesada pensional.

“No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

...”.

Razón por la cual no le es aplicable al personal perteneciente al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, en el evento de ser beneficiarios de la transición prevista en la Ley 100 de 1993, pues en ese caso está sujeto al régimen especial de pensiones consagrado en la Ley 32 de 1986 y el decreto 407 de 1994.

Ante lo anterior, se hace necesario acudir a la norma anterior a la Ley 33 de 1985, como lo es el Decreto 1045 de 1978.

En este mismo sentido, el Consejo de Estado precisa:¹⁷

“El régimen especial aplicable a los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria no contempló los factores a tener en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión por lo que, por remisión de los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, debe aplicarse el régimen vigente para los empleados públicos del orden nacional. El régimen al que hace alusión la Ley 32 de 1986 vigente en ese momento era el previsto en la Ley 33 de 1985. Sin embargo, el parágrafo 2 del artículo 1º de la citada Ley 33 de 1985 estableció un régimen de transición que resulta aplicable a la situación del actor, toda vez que para la fecha en que entró en vigencia dicha ley -13 de febrero de 1985- éste contaba con más de 15 años de servicios. Bajo estos supuestos, para determinar que factores deben tenerse en cuenta para liquidar la pensión de jubilación del señor Cadena Duarte debe acudirse a la normatividad anterior a la Ley 33 de 1985, esto es, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978”

Corporación que actuando en sede de Tutela¹⁸, ha sostenido:

“Sobre la liquidación del derecho pensional debe precisar la Sala que acorde con el anterior planteamiento y atendiendo a que el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 no contempló los factores a tener en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación es procedente, remitirse a los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, que señalaron la aplicación del régimen vigente para los empleados públicos del orden nacional.

¹⁷ Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia del 27 de enero de 2011, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, Expediente No. 1260-08, Demandante: Delio José Cadena Duarte, Demandada: CAJANAL. Ver también sentencia del 22 de abril de 2010, Subsección “B”, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Expediente No.0858-09, Actor: José Eustacio Jiménez García contra CAJANAL.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia del 12 de abril de 2011, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Expediente No. 00286-00 (AC), Actor: Didier Sánchez Pineda, accionado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca y otras.

Por lo anterior, es importante precisar que si bien la norma vigente para los empleados del orden nacional, a que hace referencia el artículo 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, lo era la Ley 33 de 1985, esta norma no aplica a los servidores cobijados por un régimen especial, dada la exclusión expresa en el artículo 1º inciso segundo¹⁹ y por tanto en cuanto a los factores es necesario acudir al Decreto 1045...”

Entonces, los factores salariales que se han tener en cuenta para los beneficiarios del régimen especial del Inpec, cuando de liquidar la pensión de jubilación o vejez se trate, están consagrados en el art. 45 del Decreto 1045 de 1978, el cual dispone que:

“De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones.

Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;
- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de navidad;
- g) La bonificación por servicios prestados;
- h) La prima de servicios;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;
- k) La prima de vacaciones;
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- m) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del art. 38 del decreto 3130 de 1968.”.

No obstante lo expuesto, este argumento no se puede aplicar para el caso de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes cuando esta es generada por muerte de afiliado de origen común, dada la remisión expresa efectuada por el mismo régimen especial del INPEC.

¹⁹ La Ley 33 de 1985, en su artículo 1º inciso segundo establece: “No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones”.

En efecto, como en líneas previas se estableció, el Decreto 407 de 1994, en el artículo 170, dispuso que la pensión de sobrevivientes de origen común estaría regulada por la Ley 100 de 1993.

Textualmente, el artículo 170, determina:

“ARTÍCULO 170. PENSION DE INVALIDEZ POR RIESGO DE ORIGEN NO PROFESIONAL Y PENSION DE SOBREVIVIENTES. **Las pensiones de invalidez por riesgo común, así como las pensiones de sobrevivientes por el mismo riesgo, estarán reguladas por la Ley 100 de 1993.**”

PARAGRAFO. Para todos los aspectos cuya regulación fue remitida a la Ley 100 de 1993, regirán las disposiciones vigentes mientras se desarrolla la reglamentación de dicha ley” (Subrayas y negrillas de la Sala).

En tal orden, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en virtud del principio de integralidad normativa (inescindibilidad), en este caso debe asumirse en forma plena bajo las reglas de la Ley 100 de 1993, no solo en cuanto a la génesis del derecho, sus beneficiarios, sino también, frente a su ingreso base de liquidación y factores salariales a considerar para establecer el monto de la mesada pensional.

2.2.5. CASO CONCRETO.

Recapitulando la P. Actora expresa en su recurso que le asiste derecho a la reliquidación de la pensión de sobrevivientes que le fue reconocida a través de la Resolución No. 007495 del 5 de mayo de 2000, con ocasión del fallecimiento el 30 de julio de 1998 del señor MIGUEL ANGEL OLIVAREZ POLONÍA, en condición de cónyuge supérstite, quien laboró como Dragoneante del INPEC durante 12 años, considerando que por tratarse de una pensión regulada por el régimen especial de funcionarios del INPEC, se deben incluir todos los factores salariales devengados conforme el Decreto 1045 de 1978 y no sólo sobre la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, como fue tomado en el acto de reconocimiento inicial²⁰.

Pues bien, siguiendo las premisas sentadas en acápites precedentes, la reliquidación de la pensión de sobrevivientes pretendida por la actora con fundamento en norma de régimen especial, debe ser negada tal como estableció el A quo, veamos:

²⁰ Como consta a folios 28 a 34 del cuaderno de primera instancia.

Con las pruebas incorporadas al plenario, está demostrado que el señora MIGUEL ANGEL OLIVARES POLANIA, laboró en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario en el cargo de Dragoneante durante 12 años, desde el 31 de julio de 1986 hasta el 30 julio de 1998, como se encuentra en el folio No 9. De igual forma, está acreditado que falleció el día el 30 de julio de 1998.

En virtud de lo anterior, CAJANAL reconoció a la señora María Elena Díaz Pomares y Miguel Ángel Oliveros Díaz, en su condición de cónyuge e hijo menor respectivamente, una pensión de sobrevivientes bajo las reglas propias de la Ley 100 de 1993, en cuanto a requisitos y monto de la misma.

Para determinar el ingreso base de liquidación de la pensión de sobrevivientes la entidad demandada aplicó el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, tomando como factores la asignación básica mensual y la bonificación por servicios prestados.

La Sala considera que no hay lugar a la reliquidación deprecada por cuanto la pensión reconocida a la actora no se dio bajo la modalidad de sustitución pensional, sino reconocimiento de pensión de sobrevivientes por muerte de afiliado – cotizante activo, la cual tomando las palabras de la Corte Constitucional ***es una nueva prestación de la que no gozaba el causante, sino que se genera en razón de su muerte previo el cumplimiento de unos requisitos que el legislador ha previsto. Se trata, entonces, del cubrimiento de un riesgo con el pago de una prima que lo asegure y no del cambio de titular de una prestación ya causada como en el evento anterior.***

De igual forma y muy a pesar que cuando ocurrió el deceso del señor Miguel Ángel Oliveros Polania, este se encontraba vinculado al INPEC, el régimen especial como se explicó, solo aplica para el evento de reconocimiento de pensión de jubilación, por cuanto por mandato expreso del mismo Decreto 407 de 1994 en su artículo 170, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se regula por las reglas de la Ley 100 de 1993 de manera integral, no solo en cuanto a la génesis del derecho, sus beneficiarios, sino también, frente a su ingreso base de liquidación y factores salariales a considerar para establecer el monto de la mesada pensional.

Destaca la Sala que con esta postura no se desconoce el precedente del H. Consejo de Estado, por cuanto la cita efectuada por el actor en su recurso de apelación deriva de una situación fáctica que difiere sustancialmente de la tratada

en este caso, razón por la cual no se puede predicar violación al derecho a la igualdad frente a la aplicación del precedente judicial, puesto, que al tratarse de hechos diferentes la fuerza de atracción del precedente cede.

En efecto, conforme lo expresado previamente por esta Corporación el derecho pretendido en este caso, no deviene de una sustitución pensional propiamente dicha, o en otras palabras, del reconocimiento de una pensión de sobrevivientes de una persona que se encontraba disfrutando de una pensión de jubilación o vejez, reconocida con fundamento en las normas especiales que regulan a los empleados del INPEC, sino de la muerte de un trabajador activo, que para la fecha de su deceso, 30 de julio de 1998, no reunía los requisitos para una pensión de jubilación, por lo que se trata de una prestación diferente.

En tal orden, los supuestos fácticos son disimiles, amen que como se vio, es la propia reglamentación o regulación especial del Decreto 407 de 1994 que remite de forma expresa a las reglas de la Ley de 1993 frente al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes cuando esta sea de origen común.

Refiriéndose a la diferencia entre una y otra modalidad de la pensión de sobrevivientes la Corte Constitucional en Sentencia C- 617 de 2001, expresó:

“3. El régimen de pensión de sobrevivientes y sus características

La denominada “pensión de sobrevivientes”, es una de las prestaciones consagradas en el sistema general de pensiones (Libro I de la Ley 100 de 1993, en el que igualmente se regula la pensión de vejez y la pensión de invalidez), y que tiene la finalidad de proteger a la familia del trabajador de las contingencias generadas por su muerte.

El pago de la pensión de sobrevivientes ya sea a los familiares del trabajador pensionado (numeral 1º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993) o aquellos afiliados al sistema de pensiones a que alude el numeral 2º atacado parcialmente, tiene como finalidad evitar “que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección”²¹. A este respecto se ha dicho además que “La pensión de sobrevivientes busca impedir que, ocurrida la muerte de una persona, quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento”

²¹ Sentencia T-190 de 1993 M.P., Eduardo Cifuentes Muñoz.

Con el propósito descrito, el legislador ha dispuesto que la prestación se haga exigible en cualquiera de los regímenes pensionales vigentes con la expedición de la Ley 100 de 1993, es decir, que opera tanto para el régimen de prima media con prestación definida que administra el Seguro Social (Título II, Capítulo IV art. 46 y ss), como para el de ahorro individual con solidaridad a cargo de las sociedades administradoras de pensiones autorizadas por la Superintendencia Bancaria (Título III, Capítulo IV art. 73 y ss). La ley señala para uno y otro régimen los mismos requisitos de acceso a la prestación, así como las personas beneficiarias en cada uno de ellos.

En este sentido, para acceder a la pensión de sobrevivientes en el régimen de prima media, de acuerdo con el artículo 46 de la Ley 100, -norma que contiene el aparte demandado-, se requiere:

“**ARTICULO 46.-** Requisitos para obtener la Pensión de Sobrevivientes.

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 éste 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. (...)

La Corte considera necesario hacer énfasis en las diferencias entre los supuestos de hecho que prevé el artículo enjuiciado parcialmente, para esclarecer el régimen aplicable en cada caso, así como los recursos con los que se cubre cada prestación.

El numeral 1o. del artículo acusado regula la situación ante la muerte del pensionado por vejez o invalidez, hipótesis en la que tiene lugar la subrogación de los miembros del grupo familiar en el pago de la prestación que venía recibiendo su titular, y no la generación de una prestación nueva o diferente. En otras palabras, los beneficiarios toman el lugar de su causante y se hacen acreedores de una prestación o derecho adquirido por éste, el cual en cabeza de ellos se hace pagadero de manera vitalicia -tratándose del cónyuge o compañera permanente supérstite- o temporal, -respecto de los demás beneficiarios-. **Es lo que en estricto sentido se ha denominado sustitución pensional.**

El numeral 2º de la norma en cuestión, por su parte, **regula la situación ante la muerte del afiliado, en cuyo caso la pensión de sobrevivientes que se paga a sus familiares es una nueva prestación de la que no gozaba el causante, sino**

que se genera en razón de su muerte previo el cumplimiento de unos requisitos que el legislador ha previsto. Se trata, entonces, del cubrimiento de un riesgo con el pago de una prima que lo asegure y no del cambio de titular de una prestación ya causada como en el evento anterior.

El requisito para que los respectivos beneficiarios obtengan la prestación consiste en se haya aportado por el causante un mínimo de 26 semanas en cualquier tiempo, para el caso de aquel que se encuentre cotizando al sistema, y el mismo número, pero en el año inmediatamente anterior al fallecimiento, para el caso del afiliado que haya dejado de hacerlo.

El monto de la pensión de sobrevivientes, por su parte, se determina conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 100, el cual en ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ”

Así las cosas, concluye la Sala como párrafos anteriores anticipó, que la liquidación de la pensión de sobrevivientes que se le reconoció a la señora MARIA ELENA DIAZ POMARES, estuvo ajustada a los preceptos de la norma vigente que regula el derecho a dicha prestación económica cuando se trata de deceso de afiliado-cotizante-trabajador activo, razón por la cual la sentencia de primera instancia será confirmada.

CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. y por la no prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante apelante, a favor de la parte demandada. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

3. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE – SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia apelada, esto es la proferida el 27 de junio de 2016 por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, acorde con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

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

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

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 109

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA