



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA TERCERA DE DECISIÓN**

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

Sincelejo, siete (7) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

REFERENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
RADICADO: 70-001-33-33-003-2015-00132-01
DEMANDANTE: AYDA ROSA TRESPALACIOS DE LARA
DEMANDADO: UGPP.

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2016 por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, la cual resolvió negar las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA¹

La señora Ayda Rosa Trespalacios De Lara, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, formula demanda, con el fin de que: **(i)** Se declare la nulidad del acto administrativo N° 011473 del 7 de abril de 2014, la cual niega el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente; **(ii)** Se declare la nulidad del acto administrativo de la Resolución N° 15378 del 16 de mayo de 2014, por medio del cual se resolvió el recurso de reposición contra la decisión anterior; **(iii)** Se declare la nulidad del acto administrativo N° 017644 del 4 de junio de 2014, en donde la UGPP, resuelve el recurso de apelación y confirma en todas sus partes la Resolución N° 011473 de 7 de abril de 2014; **(iv)** Se declare nulo el acto administrativo N° 033852 del 6 de noviembre de 2014, la cual niega el reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente; **(v)** Se declare nulo la Resolución N° 039443 del 30 de diciembre de 2014, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición contra la Resolución que negó indemnización sustitutiva; **(vi)** Se declare nulo el acto administrativo N°

¹ Fol. 1-13 C. Primera Instancia.

039224 del 29 de diciembre de 2014, que resolvió el recurso de apelación y confirmó en todas sus partes la Resolución N° 033852 del 6 de noviembre de 2014;**(vii)** A título de restablecimiento del Derecho, condenar a la entidad demandada UGPP a reconocer, liquidar y pagar a favor del demandante en su calidad de cónyuge superviviente, una pensión de sobreviviente, de manera retroactiva a partir de junio de 1984;**(viii)** Condene a la UGPP a que sobre las sumas de dinero que resultare pagar, le reconozca y pague las sumas para hacer los ajustes de valor o indexación, conforme al IPC.

Como **fundamentos fácticos** relevantes, en la demanda se afirmó que:

El señor RAÚL LARA VERGARA, laboró como docente del departamento de Sucre, vinculado al magisterio como oficial primario, de manera ininterrumpida, desde el día **24 de julio de 1970 hasta el día 29 de junio de 1984**, falleciendo el 29 de junio de 1984.

Como consecuencia de ello, la demandante la señora AYDA ROSA TRESPALACIOS DE LARA, en su calidad de cónyuge superviviente, presentó ante la UGPP, solicitud de reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente.

Mediante Resolución 11473 de fecha 7 de abril de 2014, la UGPP, negó el reconocimiento y pago de la solicitud de pensión de sobreviviente peticionada, decisión ante la cual se interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, obteniendo como resultado la confirmación de la decisión inicial, a través de las Resoluciones No. RDP 015378 del 16 de mayo de 2014 y RDP 17644 del 4 de junio de 2014, respectivamente.

Por lo anterior, la actora solicitó ante la UGPP el reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente, petición que fue resuelta negativamente por la UGPP, mediante Resolución RDP 033852 del 06 de noviembre de 2014, decisión contra la cual se interpusieron los recursos de reposición y apelación, confirmando la decisión de primera instancia, mediante las Resoluciones No. RDP 039224 y 39443, respectivamente.

Como **normas violadas**, en el libelo, se señalaron los artículos 1, 2 ,3, 4, 6, 25, 29, 48 ,53, 58 de la Constitución Política, Ley 33 de 1973, Ley 44 de 1977, Ley 71 de 1988, Ley 44 de 1988, Ley 100 de 1993, artículo 11, 46, 47.

En el **concepto de violación**, se esgrimió que la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, al proferir las Resoluciones 011473 de 7 de abril de 2014 y 033852 de 6 de noviembre de 2014, que negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente y/o indemnización sustitutiva de pensión, desconoció las normas Ley 100 de 1993, artículo 11, 46, 47, Ley 33 de 1973, Ley 44 de 1977, Ley 71 de 1988 y ley 44 de 1988.

Expresa, aunque la Ley 100 de 1993, es norma de carácter general y las que regula a los docentes son normas especiales, estas le resultan menos favorables, por lo tanto se está desconociendo el principio de favorabilidad.

Señala que, la jurisprudencia Constitucional ha indicado que el derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente, adquiere carácter de fundamental cuando esta dirigida a garantizar el mínimo vital de las personas que se encontraban al cuidado del causante y si se trata de proteger los derechos de sujetos de especial protección del Estado, como es el caso de menores de 18 años de edad, personas de tercera edad, desplazados o madres de cabeza de familia, que se encuentren en situación de debilidad manifiesta; por ultimo debe existir una íntima relación entre el reconocimiento de la pensión de sobreviviente y otros derechos fundamentales tales como el derecho a la vida.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La entidad accionada contestó oportunamente la demanda, expresando que se opone a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos la entidad demandada acepta como CIERTOS, que la demandante presentó solicitud de reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente, posteriormente, reconocimiento y pago de indemnización sustitutiva, las cuales fueron resueltas negativamente.

Como argumentos de su posición, advirtió que el finado no reunía la calidad de pensionado y mucho menos completo el tiempo de servicio para ser acreedor a una pensión de jubilación, puesto que solo contaba con un poco más de 9 años de servicios, por lo que de conformidad con la normatividad aplicable al caso concreto, que es el Decreto 224 de 1972, al no cumplir con los requisitos establecidos para que le fuera reconocida su pensión de jubilación a su cónyuge supérstite, no le asiste a la demandante el derecho a una pensión de sobreviviente.

² Fol. 107 a 113 C. Ppal.

Propuso como excepciones: **(i)** Improcedencia de lo pretendido por no cumplir con los requisitos para el reconocimiento de la Pensión de Sobreviviente. En esta excepción la entidad demandada indica que, el señor RAÚL LARA VERGARA laboró desde el día 13 de abril de 1973 hasta el 31 de julio de 1984, día en que falleció, por lo que no es aplicable la Ley 100 de 1993, ni la Ley 33 de 1985. Expresa que para el caso, no cumplieron los presupuestos establecidos en la norma vigente, pues si bien el demandante no había cumplido la edad, tampoco había laborado durante 18 años a la fecha de su muerte; **(II) Inexistencia de la obligación**, el demandante no cumplió con el requisito de tiempo de servicio, para dejar causado el derecho a que su cónyuge recibiera la pensión de sobreviviente, tal como lo exigía las normas aplicables al caso; **(III) Buena fe**, la entidad demandada ha actuado con amparo en la Ley 73 de 1973, Ley 12 de 1975 y Decreto 1848 de 1969, teniendo en cuenta que el finado laboró desde 1970 hasta 1984 y que la normatividad en cita era vigente para el caso, sin que se cumpliera con los requisitos exigidos legalmente para efectuar tal reconocimiento; **(IV) Prescripción**, manifiesta que de resultar probados los argumentos de la parte demandante, deberá declararse la prescripción trienal, precisando que el término prescriptivo se contabilizará a partir del momento en que se hizo exigible la obligación hasta su respectiva interrupción de acuerdo a los parámetros consignados en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del decreto 1848 de 1969.

1.3 AUDIENCIA INICIAL. FIJACIÓN DEL LITIGIO.

La audiencia inicial tuvo lugar el 13 de julio de 2016, dentro de la cual, en la etapa de fijación del litigio, se estableció como tal, determinar si *¿tiene derecho la señora AYDA ROSA TRESPALACIOS DE LARA, al reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente, en calidad de cónyuge supérstite del señor RAUL LARA VERGARA, conforme lo reglado en la Ley 100 de 1993, en aplicación del principio de favorabilidad?*, punto en el cual las partes no mostraron desacuerdo alguno³.

1.4 LA PROVIDENCIA IMPUGNADA⁴

Agotado el trámite procesal correspondiente, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, dicta sentencia de primera instancia, el 15 de diciembre de 2016, negando las pretensiones de la demanda. Para el efecto, manifestó que estaba

³ Folios 125 – 136, acta de audiencia inicial y cd contentivo de la grabación de la audiencia inicial.

⁴ Fols. 157-164 C. Ppal.

probado que, la señora AYDA ROSA TRESPALACIOS DE LARA se encontraba casada con el señor RAÚL LARA VERGARA, situación que es certificada mediante registro civil de matrimonio.

Igualmente, encontró que el señor RAÚL LARA VERGARA, antes de su fallecimiento, estuvo vinculado como docente para la Gobernación de Sucre desde el 13 de marzo de 1973 hasta 31 de julio de 1984 y falleció el día 29 de junio de 1984 (folio 31), en el hospital las Mercedes de Corozal, como consecuencia de un paro respiratorio.

De igual forma, expresó que de acuerdo al acervo probatorio existente en el proceso y conforme a la jurisprudencia citada, la norma aplicable, era la vigente para la fecha de fallecimiento del causante, para este caso, la Ley 12 de 1975.

Siendo, así, concluyó que era evidente que la señora AYDA ROSA TRESPALACIOS DE LARA, no tenía derecho a acceder a la pensión de sobreviviente consagrado en el artículo 46 a 48 de la Ley 100 de 1993, toda vez que las expectativas prestacionales causadas con la muerte de su cónyuge se consolidaron en vigencia de la normatividad anterior, cuyos requisitos de tiempo de servicios no se colmaron, en la medida en que laboró un poco más de 11 años, y donde se requería por lo menos haber estado en servicio 20 años.(Decreto 1848 de 1969).

Argumentó el a quo, que el Consejo de Estado ha señalado que el principio de favorabilidad debe emplearse respetando el de inescindibilidad de la Ley, el cual consiste en que la norma que se adopte debe ser aplicada en su integridad quedando prohibido, dentro de una sana hermenéutica, el desmembramiento de las normas legales que regulan la misma situación de hecho, para tomar de cada una de ellas sus aspectos más favorables.

Por último, condenó en costas a la parte demandante.

1.5 EL RECURSO DE APELACIÓN⁵

La parte demandante presentó recurso de apelación pidiendo revocatoria del fallo emitido por el *a quo*, sustentado en no compartir la decisión adoptada, ya que aunque el finado al momento de sus muerte se encontraba acogido a un régimen anterior a la Ley 100 de 1993, este es menos favorable al momento de solicitar el beneficio de la pensión de sobreviviente, en caso de haber controversia entre dos régimen se le

⁵ Fls. 168 176 C. Ppal.

aplicara el menos desfavorable, como efectivamente sucedió en el asunto que nos acoge.

En apoyo de su impugnación, cita y transcribe jurisprudencia del H. Consejo de Estado, sobre la PENSION POST MORTEM- Régimen especial para docentes y régimen general de la Ley 100 de 1993/ PENSION DE SOBREVIVIENTES- Requisitos de semanas cotizadas en la Ley 100 de 1993/DOCENTES- Post mortem: aplicación de la Ley más favorable, para señalar que se demuestra que la norma jurídica que favorece más a la demandante es la normatividad de Ley 100 de 1993, solicitando se revoque fallo emitido por el Juzgado de Primera Instancia toda vez que se negó la pensión de sobreviviente y/o la indemnización sustitutiva reclamada por la cónyuge supérstite con fundamento en las normas especiales que rigen a los docentes materia prestacional; o si por el contrario, asiste derecho a la parte demandante al reconocimiento y pago de la misma, de conformidad con lo dispuesto en el régimen general contenidos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 que es una norma menos desfavorable a sus pretensiones como lo aclara el Tribunal de lo Contencioso administrativo.

1.6 TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO⁶.

El recurso de apelación se admite en auto del 28 de abril de 2017 y corre traslado para alegar en auto 23 de junio de 2013, oportunidad en la cual se pronuncian las partes, así:

La **parte actora**⁷ expresa que si bien, la vinculación del finado LARA VERGARA se dio antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, también es cierto que se podrá por parte del Juzgado pagar la pensión de sobreviviente, lo que si no es procedente es negar todos los aportes hechos durante más de 11 años, por parte del docente mientras se encontró al servicio del Magisterio, desconociendo en su totalidad el concepto emitido por el Honorable Consejo de Estado, con respecto a la Indemnización Sustitutiva del 14 de abril de 2005 relativa al tema, la cual fue citada in extenso.

A su turno, **la parte demandada**⁸, solicita se confirme la sentencia de primera instancia, expresando que esencia las pretensiones de la demanda están encaminadas

⁶ Fol. 22 a 32 C. Apelación.

⁷ Folios 22-28 cuaderno de apelación.

⁸ Folios 29-32 cuaderno de apelación.

al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes con fundamento en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, lo cual carece totalmente de asidero, toda vez que esta normatividad empieza a regir a partir del 1 de abril del año 1994, fecha posterior al fallecimiento del finado señor Lara Vergara, y es por ello que no hay lugar al reconocimiento solicitado.

Por otro lado y en razón a que la accionante invoca el principio de favorabilidad que consiste en que se debe optar por la norma más favorable, en aras de garantizar la satisfacción de garantías, vale decir que ello no confiere la razón a la actora, pues si bien es cierto que el principio de favorabilidad ordena que se debe dar aplicación a aquella normatividad que le resulte más conveniente, también lo es que en este caso, al momento de acaecer los hechos, la normativa que invoca la accionante como más favorable, esto es , Ley 100 de 1993, no gozaba de vigencia, y ello colisiona ampliamente lo estatuido respecto al principio de favorabilidad invocado, puesto que debía la accionante invocar una norma vigente para la fecha el fallecimiento del señor Raúl Lara Vergara, momento en que de haber cumplido con los requisitos ya expuestos, se hubiere configurado el derecho pensional.

El delegado del **MINISTERIO PÚBLICO** ante esta Corporación no emitió concepto⁹.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. 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 el reparo formulado por la parte apelante, debe el Tribunal debe establecer si, ¿a la señora AYDA ROSA TRESPALACIONES DE LALA, le asiste derecho al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes generada o en su defecto, indemnización sustitutiva, por el fallecimiento de su esposo, señor RAUL LARA VERGARA, ocurrida el 29 de junio de 1984, aplicando las reglas de la Ley 100 de 1993, por favorabilidad normativa?

⁹ Folio 33 cuaderno de apelación.

2.3. ANALISIS DE LA SALA Y RESPUESTA AL PROBLEMA JURIDICO.

I. 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 indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes como prestación derivada exige que el hecho generador de su reclamo se concrete en vigencia de la norma que crea el derecho.

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 fallecimiento¹⁰. 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”¹¹. 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.”¹²

(...)

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”.

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.

¹⁰ Ver Sentencias T-190/93, T -553/94 y C-389/96.

¹¹ Sentencia C-002 de 1999. MP Antonio Barrera Carbonell.

¹² Sentencia C- 080 de 1999.

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 matrimonio¹³.

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

¹³ 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

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.
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”

En punto de la pensión post-mortem - régimen especial de los docentes y régimen general, el Decreto 224 de 1972 *“por el cual se dictan normas relacionadas con el ramo docente”* en su artículo estableció el régimen jurídico del derecho pensional por causa del fallecimiento de una persona que en vida se desempeñaba como docente, que exige como mínimo una permanencia en el servicio de 18 años continuos o discontinuos¹⁴, circunstancia en la cual se da la posibilidad a que el cónyuge o los hijos menores puedan acceder a una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada en el cargo desempeñado por el docente al tiempo de su fallecimiento.

Inicialmente, respecto de este reconocimiento pensional se estableció un límite temporal, el cual fue derogado tácitamente con la expedición de Ley 33 de 1973 *“por la cual se transforma en vitalicias las pensiones de las viudas”*, de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-480 de 1998. Asimismo, la Ley 71 de 1989 en el artículo 3^o¹⁵ extendió las previsiones de las Leyes 33 de 1973, 12 de

¹⁴ **Artículo 7°.-** En caso de muerte de un docente que aún no haya cumplido el requisito de edad exigido para la obtención de la pensión, pero que hubiere trabajado como profesor en planteles oficiales por lo menos diez y ocho (18) años continuos o discontinuos, el cónyuge y los hijos menores tendrán derecho a que por la respectiva entidad de previsión se pague una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte mientras aquel ~~no contraiga nuevas nupcias~~ o el hijo menor cumpla la mayoría de edad y ~~por un tiempo máximo de cinco (5) años~~

¹⁵ **Artículo 3 .-** Extiéndese 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.

1975, 44 de 1980 y 113 de 1985 en forma vitalicia al cónyuge superviviente y a los hijos menores, entre otros parientes del pensionado.

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 términos:

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

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Supervivientes. Son beneficiarios de la pensión de supervivientes:

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 superviviente 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 vigente”

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 calendarado 25 de abril de 2013¹⁶, en el cual, por considerar que el derecho a la Pensión de Supervivientes 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 misma¹⁷, 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

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

¹⁶ Radicación No. 76001 23 31 000 2007 01611 01 (1605-09)

¹⁷ 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 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 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

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.

II. CASO CONCRETO.

En el caso que nos ocupa, está probado que el señor Raúl Lara Vergara (QEPD), laboró como docente por espacio de 3.305 días, equivalentes a 472 semanas, al servicio del Departamento de Sucre, tal como lo reconoce y consigna la entidad demandada en los actos administrativos objeto de control judicial, hecho que no es discutido por las partes.

De igual manera, está acreditado procesalmente que el señor LARA VERGARA, falleció el día el 29 de junio de 1984¹⁸ y que en virtud de lo anterior, la señora AYDA ROSA TRESPALACIOS DE LARA, solicita a la UGPP, acreditando su condición de cónyuge supérstite, que le reconozca la pensión de sobrevivientes o la indemnización sustitutiva de la misma, con fundamento en la Ley 100 de 1993.

En ese orden, dada la fecha de fallecimiento del señor LARA VERGARA, no es posible dar aplicación a las reglas de la Ley 100 de 1993, como lo pretende la parte actora para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con fundamento en los artículos 46 y 47, por ser norma posterior no vigente a la fecha en que se produce la contingencia que da lugar al reclamo prestacional solicitado.

Véase que 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

¹⁸ Registro Civil de Defunción obrante a folio 30

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.”

La Sala no desconoce que entre el régimen especial del derecho a la pensión post-mortem al que pueden acceder los beneficiarios del docente frente a las previsiones de ley 100 de 1993 para acceder a la pensión de sobrevivientes contempladas en el régimen general de seguridad social, existe una diferencia manifiesta respecto de los requisitos que se deben cumplir para acceder al derecho pensional, toda vez que el Decreto 224 de 1972 exige que el docente fallecido haya prestado el servicio por más de 18 años, mientras que la Ley 100 de 1993 -modificada por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003¹⁹-, resulta más favorable por cuanto requiere para obtener la pensión de sobrevivientes por lo menos 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores al fallecimiento, sin embargo, no es posible entender en este caso, que se pueda dar aplicación al régimen general de pensiones por cuanto, dicha norma no estaba vigente para la fecha de fallecimiento de quien daría lugar a la prestación económica demandada, circunstancia fáctica que difiere de los antecedentes jurisprudenciales citados por la parte actora en su recurso de apelación y memorial de alegatos.

En efecto, si bien la favorabilidad se establece como una pauta para resolver conflictos entre disposiciones normativas cuando estas regulan una misma situación fáctica, en el presente asunto, no es posible bajo las reglas de la citada Ley 100 de 1993, entrar a estudiar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, por cuanto, la condición de favorabilidad en la aplicación e interpretación de la Ley, exige no solo el conflicto por la coexistencia de normas, sino que, la regulación de una situación se presente ante dos normas que **estén vigentes**, supuesto que en el presente asunto no acaece, como quiera que para la fecha de fallecimiento del señor LARA VERGARA (año 1984), la Ley 100 de 1993 fundamento de la pretensión de esta demanda, no había sido expedida.

En consecuencia, no hay lugar al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes reclamada bajo las reglas de la Ley 100 de 1993.

¹⁹ Publicada en el Diario Oficial No. 45.079, de 29 de enero de 2003.

Ahora bien, frente a la indemnización sustitutiva reclamada de forma subsidiaria, debe considerar esta Sala que tampoco hay lugar a dicho reconocimiento, puesto que como derecho suplementario, que le asiste a las personas que no logran acreditar los requisitos para obtener el reconocimiento de una pensión de invalidez, de vejez y de sobrevivientes, fue igualmente creada como prestación económica de la seguridad social por virtud del artículo 49 de la Ley 100 de 1993²⁰.

La indemnización sustitutiva es una prestación sucedánea y un derecho derivado de la pensión de sobrevivientes, puesto que se reclama en la medida que el afiliado-cotizante al Sistema de Pensiones en el régimen de prima media²¹, causante de la prestación, fallezca sin cumplir las condiciones o requisitos que bajo las reglas de los artículos 46 a 48 ley 100 de 1993, al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes.

La H. Corte Constitucional en Sentencia T- 896 de 2010, señala que la indemnización sustitutiva, *"consiste en el pago de una suma determinada de dinero, equivalente a los aportes realizados por una persona al sistema de seguridad social, actualizados a valor presente de acuerdo con la fórmula legalmente establecida, cuando las personas no logran cotizar la totalidad de las semanas exigidas por la ley, o el capital requerido para el reconocimiento de las pensiones de vejez, invalidez o de sobrevivientes, según sea el caso"*.

Como prestación sucedánea, debe señalarse igualmente que para su aplicación la norma debe estar vigente al momento de generarse la contingencia que daría lugar a su nacimiento. En tal sentido, en el presente asunto, la fecha de muerte del señor RAÚL LARA VERGARA, fue el 29 de junio de 1984, momento para el derecho no estaba consagrada, pues, como se advirtió en líneas previas, la Ley de 1994, entró en vigor el 1 de junio de 1994, no siendo posible darle efectos retroactivos a dicha norma y entrar regular situaciones acaecidas y consolidadas con anterioridad a su expedición, a menos que la misma norma disponga, lo cual no fue contemplado.

²⁰ "Artículo 49. Indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes. Los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la presente ley"

²¹ En el régimen de ahorro individual con solidaridad la prestación se denomina devolución de saldos. **ARTÍCULO 78. DEVOLUCIÓN DE SALDOS.** *Cuando el afiliado fallezca sin cumplir con los requisitos para causar una pensión de sobrevivientes, se le entregará a sus beneficiarios la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos, y el valor del bono pensional si a este hubiera lugar.*

Si bien se reconoce validez a todas las cotizaciones y aportes realizados aun con anterioridad a la Ley 100 de 1993, el análisis de reconocimiento del derecho a la indemnización sustitutiva, se realizó partiendo del supuesto fáctico claro, que la contingencia que genera el reclamo, - la muerte-, se dio en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, con posterioridad a 1 de abril de 1994, exigiendo como se puede leer en la sentencia T 538 de 2013²², al exigir para su aplicación que la situación jurídica no se haya consolidado bajo norma anterior.

Así las cosas, como quiera que el actor falleció en el año 1984, no hay lugar a aplicar las reglas de la Ley 100 de 1993 en torno a la pensión de sobrevivientes y la indemnización sustitutiva de la misma, pues no se encontraban vigentes, lo cual impide su aplicación por favorabilidad, 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 misma, razón por lo cual, se confirmara pero bajo las razones expresadas en esta providencia, la sentencia de primera instancia apelada.

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 entidad 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 15 de diciembre de 2016, por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo. Por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

²² "...la ley 100 de 1993, cubija a todos los habitantes del territorio nacional, por tanto, las normas que regulan lo referente a la indemnización sustitutiva también tienen aplicación en relación con aquellas personas que cotizaron o prestaron sus servicios bajo la vigencia de la anterior normatividad **y cuya situación jurídica no se consolidó en aplicación de normas precedentes**".

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la parte demandante-apelante y a favor del demandado. 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.

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° 149.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA
(Ausente en comisión de servicios)