



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
-Sala Tercera de Decisión-

Magistrado Ponente: Eduardo Javier Torralvo Negrete

Sincelejo, quince (15) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

ASUNTO:	SENTENCIA	DE	SEGUNDA
	INSTANCIA.		
M DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO.		
EXPEDIENTE No.	70-001-33-33-006-2014-00096-01.		
DEMANDANTE:	JOSEFA ESPERANZA DÍAZ SIERRA		
DEMANDADO:	UGPP		

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el día 27 de octubre de 2017, por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual accedió a las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

a. La demanda.¹

La demandante **pretende**, mediante el presente medio de control, la nulidad parcial de la Resolución No. 044425 del 28 de diciembre de 1993, expedida por la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL, mediante la cual reconoció a la señora JOSEFA DÍAZ SIERRA una pensión sustitutiva post mortem, en su calidad de cónyuge del señor PROSPERO SANTANDER GÓMEZ (Q.E.P.D.). De igual manera, busca la nulidad del acto ficto o presunto constituido por el silencio administrativo negativo, por la no respuesta al derecho de petición elevado el día 17

¹ Folios 1 a 9 cuaderno principal

de noviembre de 2009, en la cual se solicitaba la reliquidación del derecho pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la entidad demandada a que reliquide la pensión de jubilación que se le sustituyó a la demandante, a partir de la fecha en que su fallecido cónyuge adquirió el status de pensionado, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a su deceso. Asimismo, pide que se indexe la primera mesada pensional conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Por último, pretende que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 190 y 192 del CPACA.

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

La CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL, a través de la Resolución No. 044425 del 28 de diciembre de 1993, reconoció una pensión sustitutiva post mortem a la señora JOSEFA DÍAZ SIERRA, en su calidad de cónyuge del señor PROSPERO SANTANDER GÓMEZ (Q.E.P.D.). Sin embargo, a juicio de la demandante, a liquidar la pensión en comento, no tuvo en cuenta la entidad todos los factores salariales que devengó su esposo en el año inmediatamente anterior a su fallecimiento, incluyendo únicamente en la base pensional la asignación básica mensual y gastos de representación, excluyendo los demás factores como la prima de navidad y la prima semestral.

La señora JOSEFA DÍAZ SIERRA, solicitó por escrito la reliquidación de su derecho pensional atendiendo todos y cada uno de los factores salariales que devengó su fallecido esposo en vida, en los doce (12) meses anteriores al retiro del servicio, que se dio con ocasión a su deceso. Dicha petición, a la fecha no ha sido resulta por la entidad demandada, lo que da lugar a la constitución del acto ficto o presunto objeto de demanda en esta oportunidad.

Como **normas violadas**, se invocaron los artículos 2º, 6º, 13º, 25º, 58º de la Constitución Política, la Ley 33 de 1985, los artículos 38, 61, 68, 161, 162, 163, 165, 166 y SS de la Ley 1437 de 2011; Decreto 2400 de 1968 y demás normas vigentes y concordantes.

En **el concepto de violación**, explicó que al negarse la reliquidación de la pensión post mortem, la entidad pensional transgrede el debido proceso, el derecho al trabajo y el principio de la condición más beneficiosa, en la medida que el ordenamiento aplicable al caso, señala que la liquidación de la pensión se efectúa con base en el promedio de todos los salarios devengados en el último año de servicio.

b. Contestación de la demanda.

La UGPP contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones propuestas por la demandante, por carecer de sustento fáctico y jurídico, argumentando que la entidad mediante Resolución No. 044425 de 28 de diciembre de 1993, reconoció y liquidó acertadamente la pensión de jubilación post mortem del señor PROSPERO GÓMEZ TINOCO y su sustitución de forma vitalicia a su cónyuge supérstite, con base en los lineamiento previstos en la Ley 33 de 1985, es decir, teniendo en cuenta el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (1990), incluyéndose como factores salariales la asignación básica mensual y los gastos de representación, como quiera que fueron objeto de aportes como lo certificó la última nominadora, estando los mismos enlistados en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

Bajo la anterior consideración, sustentó las excepciones de mérito de inexistencia del derecho, inexistencia de la obligación – cobro de lo no debido y presunción de legalidad de los actos acusados.

c. La sentencia apelada².

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Sincelejo profirió sentencia escrita el día 27 de octubre de 2017, en la cual accedió a las súplicas de la demanda, declarando la nulidad de los actos acusados, y ordenando la reliquidación de la pensión de jubilación post mortem sustituida a la señora JOSEFA DÍAZ SIERRA, con la inclusión de la prima de navidad en la liquidación de la base pensional, por haber sido devengada en el último año del servicio del señor PROSPERO GÓMEZ TINOCO. Asimismo, ordenó indexar la primera mesada pensional teniendo en cuenta todos los factores salariales que integran el ingreso

3 Folios 124 a 130 cuaderno de primera instancia.

base de liquidación (asignación básica, gastos de representación y prima de navidad).

El *A quo* sustentó la decisión mencionado el marco legal que regula régimen pensional aplicable a la demandante, que no es otro, que el previsto en la Ley 6ª de 1945, en consideración a que resulta aplicable en virtud del régimen de transición previsto en el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, como quiera que al entrar en vigencia esta ley, el señor PROSPERO GÓMEZ TINOCO contaba más de quince (15) años de servicios, por lo que, además de beneficiarse de la edad pensional que trae la primera de las normas mencionadas, en virtud del criterio jurisprudencial trazado por el H. Consejo de Estado sobre aquel régimen de transición, el régimen pensional anterior debe ser aplicado en su integridad, y no únicamente en cuanto a la edad. Por tanto, bajo esa noción, el Juez de primer grado, concluyó que la Ley 6ª de 1945 al establecer que la pensión se liquida con base en el 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio, además de atender los factores salariales previstos en el Decreto 1045 de 1978, debía incluirse todo aquello que por su naturaleza se calificara como salario, salvo aquellos que expresamente el ordenamiento jurídico lo excluye como factor para efectos de liquidar derechos prestacionales.

d. El recurso de apelación³.

La parte demandada inconforme con la sentencia de primera instancia, formuló recurso de apelación solicitando su revocatoria, con fundamento en lo siguiente.

Señaló que a la señora JOSEFA DÍAZ SIERRA, no le corresponde la reliquidación de la pensión de jubilación post mortem que le fue sustituida, en los términos que pretende, toda vez que se desconocería lo estipulado expresamente en la Ley 33 de 1985, ya que dicha norma no estipula expresamente la prima de navidad como factor salarial computable para efectos de liquidación pensional.

Por tanto, resulta contraria a la ley ordenar la inclusión de factores salariales que la normal pensional no consagra o autoriza expresamente, en consecuencia, la decisión del *A quo* contraría los fundamentos legales

³ Folios 135 a 142 cuaderno de primera instancia.

en cuales debió fundarse, motivo por el cual la sentencia apelada debe ser revocada en su integridad.

De otro lado, rechazó la condena en costas impuesta en el fallo impugnado, aduciendo que de acuerdo con el artículo 188 del CPACA y el artículo 361 del CGP *"para la procedencia de las costas deben mediar criterios objetivos y verificables en el expediente, lo cual en la providencia atacada (...), no motiva la decisión, pese a que todas las actuaciones (...) fueron fundamentadas razonablemente en la ley."*

En igual sentido, señaló que *"es claro que el Juez, tiene facultad discrecional para decidir si condena o no en costas a las partes dentro de un proceso judicial pero, así mismo, es importante tener en cuenta que tal facultad no es absoluta, ya que no se puede desconocer los principios que rigen las actuaciones judiciales y no se pueden tomar este tipo de decisiones de manera caprichosa o radicalizada, sino bajo las directrices de la normatividad aplicable..."*. Por tanto, también solicita que se revoque el pago de costas por el cual fue condenada.

El **Municipio de Sincelejo** coadyuvó la apelación presentada por la UGPP, en los mismos términos expuestos por la entidad pensional, concretamente, que la demandante no tiene derecho a que se le incluya la prima de navidad como factor salarial en la liquidación de la base pensional, como quiera que no está enlistado en la Ley 62 de 1985, por tanto, solicita que se revoque la sentencia en alzada.

e. El trámite en segunda instancia.

El recurso de apelación fue admitido mediante auto del 6 de febrero de 2018 (F. 4 c. 2). Con proveído del 16 de marzo de 2018, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera concepto (F.4, c. 2), término dentro del cual se pronunció la **parte demandante**⁴, ratificando los argumentos expuestos en la demanda.

Por su parte la **entidad demandada**⁵, insistió en que no procede la reliquidación pensional pretendida, en razón a que se estaría desconociendo el mandato legal instituido en la Ley 33 de 1985, norma

⁴ Folios 13 a 19, c. 2.

⁵ Folios 20 a 27, c. 2.

aplicable al caso como quiera que estaba vigente al momento en que el señor PROSPERO GÓMEZ TINOCO adquirió el status de pensionado. Por tanto, pide que se revoque la sentencia de primera instancia.

En tanto, el **Municipio de Sincelejo** también se pronunció, alegando que no le asiste a la demandante el derecho pretendido, ya que los actos acusados fueron expedidos con fundamento en las normas aplicables al caso.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

a. La competencia.

Esta Sala 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.

b. Problema jurídico.

Para resolver la presente alzada, la Sala deberá establecer, si la señora JOSEFA DÍAZ SIERRA, en su condición de pensionada sustituta de la pensión de jubilación post mortem del señor PROSPERO GÓMEZ TINOCO, tiene derecho a la reliquidación de su derecho pensional conforme a todos factores salariales devengados en el último año de servicio.

c. Régimen pensional de los empleados oficiales vinculados a entidades territoriales con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

La Ley 6ª de 1945, se concibe como la norma primigenia que estipula el beneficio de gozar una pensión vitalicia de jubilación, para los empleados y obreros del nivel nacional, prestación que de conformidad con el Decreto 2767 de 1945, fue extendida a los empleados departamentales y municipales⁶. En efecto, el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 dispuso:

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de 27 de noviembre de 1997, radicación 15387. C. P. Dr. CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA. *"El artículo 1º del decreto 2767 de 1945 hizo extensiva a los servidores públicos de las entidades territoriales, la totalidad de las prestaciones sociales establecidas en el artículo 17 de la ley 6ª de 1945 en favor de los empleados y obreros de la Nación, en los siguientes términos (...)"*

ARTÍCULO 17.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

(...)

b). Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$30) ni exceder de doscientos pesos (\$200) en cada mes

(...)

Siendo así, el derecho pensional para esta época, estaba a cargo del empleador, cuya obligación era reconocerle este derecho al trabajador una vez cumpliera cincuenta (50) años de edad y veinte (20) años de servicios. Sin embargo, dicha norma no estipuló los factores a tener en cuenta para liquidar la base pensional.

Solo hasta con la expedición de la Ley 4ª de 1966 se reguló esa situación, así:

Artículo 4º: "A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios."

En ese sentido, la liquidación de la pensión de jubilación se efectuaba teniendo en cuenta todos los salarios percibidos en el último año de servicio, del cual se extraía el 75% para obtener el monto pensional.

Posteriormente, el legislador expidió la **Ley 33 de 1985**⁷, norma que unificó el régimen pensional del sector público, estableciendo la regla general acceder la pensión de jubilación de los empleados oficiales del orden nacional y territorial, equiparando la edad de la mujer con la del varón para efectos de jubilación, como también determinó los supuestos en que se excepciona la aplicación de este régimen.

"ARTÍCULO 1º.-El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual

⁷ "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público."

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 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 todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo, las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.

Parágrafo 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta años (50) de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro...”.

Visto lo anterior, los requisitos para acceder a la pensión de jubilación con este régimen, son: cincuenta y cinco (55) años de edad indistintamente si es mujer o varón, y tener veinte (20) años de servicio. La liquidación de este derecho se efectúa sobre el 75% **del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.**

Ahora frente a los emolumentos a incluir en la base pensional, el artículo 3º de esa normativa, dice:

ARTÍCULO 3º. Modificado por la Ley 62 de 1985. "Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión."

"Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del

orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio."

"En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."

De otro lado, el artículo 1º, párrafo 2 de la citada ley, estableció un régimen de transición consistente, en que los empleados que contaban con un tiempo de servicio de 15 años a la fecha de expedición de la ley, podían pensionarse con los requisitos del régimen anterior de pensiones, que para el caso de los empleados oficiales del orden nacional era el previsto en el Decreto Ley 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969 y Decreto 1045 de 1978.

A renglón seguido, el mismo artículo 1º de la Ley 33 de 1985, señaló expresamente en su párrafo 3º, que:

"En todo caso, los empleados oficiales que a la vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuaran rigiendo por las normas anteriores a esta Ley."(Negrilla fuera de texto).

De conformidad con lo expresamente señalado por la Ley 33 de 1985, se advierten las siguientes situaciones con respecto a los empleados del sector oficial, a la fecha de su vigencia:

- Los que hubieran cumplido 15 años continuos o discontinuos en la prestación del servicio, ***se les continuarían aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad, es decir, para el caso de los empleados nacionales el Decreto Ley 3135 de 1968 y el Decreto 1045 de 1978.***

Para este caso, se habla de un régimen de transición de aquellos que hayan cumplido 15 o más años de servicios, se le conservan el beneficio de la edad del régimen pensional anterior.

- En tanto que, a la entrada en vigencia de aquella Ley, los hubieran cumplido todos los requisitos del régimen pensional anterior, para

obtener la pensión de jubilación, se le aplicará aquél régimen y no la Ley 33 de 1985.

Advirtiéndose, que la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, corresponde a la fecha de promulgación de ésta y no la fecha de su expedición, toda vez que la ley no obliga sino en virtud de su promulgación, en los términos del artículo 52 de la Ley 4ª de 1992, fecha que corresponde al 13 de febrero de 1985, según Diario Oficial No. 36856.

Ahora bien, respecto de la primera situación advertida en el párrafo que antecede, que la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha sido reiterativa en precisar, que con base a los principios de inescindibilidad, aplicación integral de la norma, igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, ***debe aplicarse en su totalidad lo establecido en el régimen pensional anterior, conjuntamente con la normativa que la modificó o adicionó, en lo referente a la edad, tiempo y monto pensional***; así lo ha enfatizado en los siguientes términos:

"Hasta antes de la expedición de la Ley 33 de 1985 la pensión de jubilación de los empleados territoriales se regía por la ley 6ª de 1945, siendo aplicable esta ley y las normas que la modificaron antes de la vigencia de la Ley 33 de 1985, como lo ha precisado esta Sección.

*A pesar de que el régimen de transición establecido en la Ley 33 de 1985, sólo remite a la edad de jubilación que regía con anterioridad a su entrada en vigencia y no señaló nada en cuanto a la liquidación, **considera la Sala que en este aspecto se debe aplicar también el régimen anterior**, porque resulta más favorable al actor. De no hacerse así, se desconocería el principio mínimo fundamental consagrado en el artículo 53 de la Carta Política que establece la "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho".*

Sobre el particular, la Corte Constitucional señaló en sentencia C-168/95:

*"La condición más beneficiosa para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. **De conformidad***

con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador” (Negrillas fuera de texto).

Igualmente, el Consejo de Estado, en virtud del principio de inescindibilidad ha sostenido reiteradamente que la norma anterior aplicable debe serlo en su integridad. Al respecto, en sentencia proferida por la Subsección A, Sección Segunda de esta Corporación, de 20 de octubre de 2005, M. P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, radicado interno No. 3701-04 se sostuvo:

"El asunto se contrae a establecer si el actor tiene derecho a que se reliquide la pensión de jubilación teniendo en cuenta los factores señalados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, como lo alega la entidad demandada, o si por el contrario, la norma aplicable para dicho efecto es el Decreto 1045 de 1978, como lo pide el demandante. El actor se encuentra, como bien lo señaló el Tribunal, en el segundo supuesto pretranscrito, ya que antes de la expedición de la Ley 33 de 1985 tenía más de 15 años al servicio del Estado. Es decir, quedó inmerso en el régimen de transición de la citada Ley 33 de 1985, lo que lo colocaba fuera del ámbito de aplicación de la Ley 33. Esta Corporación en sentencias del 8 de junio y 21 de septiembre de 2000, expedientes No. 2729 y 470, Magistrados Ponentes: Drs: Alejandro Ordóñez Maldonado y Nicolás Pájaro, señaló que la aplicación del régimen anterior incluye el atinente a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, pues es de la esencia del régimen de transición, la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconoce dicho beneficio, por lo que al establecer la cuantía de la pensión con fundamento en los factores de la Ley 33 de 1985, cuando ésta normatividad no le es aplicable, es desnaturalizar el régimen de beneficio producto de la transición.”.

En consecuencia, el reconocimiento pensional efectuado al demandante debe sujetarse en su totalidad a lo establecido por la Ley 6ª de 1945, y las normas que la modificaron o adicionaron, en lo referente a la edad, tiempo y monto pensional, pues si se diera aplicación a una normatividad diferente, como la Ley 100

de 1993, o la Ley 33 de 1985 se estaría desmembrando el régimen transitorio.

(...)

*Se debe precisar que el Decreto 1045 de 1978, establece unos factores salariales para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, **lo cual no puede tomarse como una relación taxativa de factores, sino que es una enunciación que no impide la inclusión de otros factores devengados por el trabajador.***

(...)⁸

Siendo así, la posición del H. Consejo de Estado, respecto al régimen de transición previsto en el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, apunta a que la aplicación del régimen pensional anterior más favorable para el pensionado, es total e integral en el sentido en que no sólo debe beneficiarlo la edad de aquél régimen sino también el tiempo de servicio, y el cálculo del monto de la base pensional, que para el caso sería todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, sin que sean exclusivamente aquellos taxativamente enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, sino todo todos los que tengan la naturaleza de salario.

d. Marco legal de la pensión post mortem de servidores públicos. Sustitución pensional con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

Asimismo, complementando el régimen pensional de jubilación de los servidores públicos, el ordenamiento jurídico antes de entrar en vigencia de la Ley 100 de 1993, previó la posibilidad referente a que en caso en que la persona que falleciere pero que en vida estuviere gozando de la pensión, se sustituya el derecho a su cónyuge, hijos menores de 18 años estuvieren incapacitado para trabajar bien sea por razones de estudios o por invalidez, siempre y cuando dependieran económicamente del pensionado. Lo anterior, se encuentra regulado en el artículo 39 del Decreto Ley 3135 de 1968, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 39. Sustitución de pensión. (Modificado por el Decreto 434 de 1971, art. 20) Fallecido un empleado público o trabajador oficial en goce de pensión

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 7 de octubre de 2010, Rad. No. 2002-02392-01 (0265-07), C. P.: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

de jubilación, invalidez o vejez, su cónyuge y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a percibir la respectiva pensión durante los dos años subsiguientes.

Ahora bien, pese a que la normativa señalada estipula que el goce del anterior derecho pensional era por un término de dos (2) años, la Ley 33 de 1973 determinó que para las viudas beneficiarias, el goce y disfrute de la misma sería de manera vitalicia, pero dispuso que perdería tal derecho en el evento en que por su culpa (viuda) no conviva con su marido en la época del fallecimiento de éste, o cuando la viuda contraiga nuevas nupcias o haga vida marital.

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.

(...)

ARTÍCULO 2º.- El derecho consagrado en favor de las viudas en el artículo anterior, se pierde cuando por culpa de la viuda, los cónyuges no viven unidos en la época del fallecimiento del marido, o cuando la viuda contraiga nuevas nupcias o haga vida marital.

En cuanto a los requisitos y procedimiento para reclamar la sustitución pensional, prevista en el acápite anterior, se encuentra reglamentado en el Decreto 690 de 1974, estipulando:

Artículo primero. Para reclamar la pensión de jubilación, invalidez o vejez a que se refiere el artículo 1º de la Ley 23 de 1973, la viuda deberá acreditar su condición de causahabiente coa las partidas civiles o eclesiásticas de matrimonio, o con las pruebas, supletorias señaladas por la ley.

Los hijos menores de edad, o los incapacitados para trabajar en razón de sus estudios, o por invalidez, que hayan estado bajo la dependencia económica del pensionado, acreditarán su condición con las partidas civiles o eclesiásticas de nacimiento o con las pruebas supletorias pertinentes.

Parágrafo I. Para comprobar que no se ha perdido el derecho consagrado en el artículo 1º. de la Ley 33 de 1973, la viuda deberá acreditar sumariamente que en el momento del deceso del pensionado hacía vida en común con éste, o que se encontraba en imposibilidad de hacerlo por haber abandonado aquél el hogar sin justa causa o por haberle impedido su acercamiento o compañía.

Parágrafo II. La pensión vitalicia se pierde por haber contraído la viuda nuevas nupcias o hacer vida marital. En este último evento la demostración del amancebamiento público requiere prueba controvertida.

Artículo segundo. Concurrirán con la viuda, con derecho al 50% del valor de la pensión, los hijos legítimos y naturales del causante menores de veintiún años y los incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o de invalidez. La participación de los hijos legítimos y naturales es igualitaria.

Parágrafo. Los incapacitados para trabajar por razón de sus estudios solamente se harán acreedores al derecho que se les señala en este artículo cuando no reciban auxilio, beca, recompensa o cualquiera otra entrada que les permita su congrua subsistencia.

Para gozar de este derecho también deberán demostrar su formalidad escolar, esto es, su cumplimiento con los pénsumes establecidos y la aprobación del respectivo periodo de estudios, acreditando mensualmente la asistencia puntual.

Dentro de los dos primeros años de estudios universitarios el cambio de carrera o profesión en más de dos ocasiones, por razones distintas de salud, hará perder el derecho a la pensión

Artículo tercero. Fallecida la cónyuge supérstite los hijos menores gozarán de la pensión vitalicia hasta cumplir los veintiún años y los incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez cuando ésta cese y aquéllos concluyan o se presente alguna de las circunstancias señaladas en el artículo anterior.

Si el auxilio, beca, recompensa, sueldo, o cualquiera otra entrada del estudiante, apenas le facilita el pago de una parte de sus gastos mensuales, la pensión se reducirá entonces al restante para completar la congrua subsistencia.

Artículo cuarto. Los mayores de catorce años que hayan obtenido autorización escrita para trabajar no tendrán derecho a la sustitución pensional durante el tiempo en que se encuentre vigente el respectivo contrato.

La pensión cesa automáticamente cuando los menores de edad o los incapacitados para trabajar por razón de sus estudios contrajeran matrimonio o hicieren vida marital en forma pública. Bastará en el primer caso la partida civil o eclesiástica correspondiente para demostrar el matrimonio. La existencia del amancebamiento requiere prueba controvertida.

Parágrafo. La incapacidad para trabajar por razón de los estudios no podrá sobrepasar la edad de veintitrés (23) años.

Artículo quinto. Las viudas que hayan venido disfrutando o tengan derecho causado a disfrutar de los cinco años de sustitución de la pensión, continuarán gozando de dicho derecho en forma vitalicia.

No obstante, además de preverse la sustitución pensional en los términos atrás previstos, también el ordenamiento estableció la posibilidad que tiene el cónyuge o compañera permanente, hijos menores de edad o con imposibilidad de trabajar por razones de estudio o invalidez, de un empleado oficial, de acceder a la pensión de jubilación de éste, vía sustitución, en el evento en que fallezca con el tiempo de servicio exigido para beneficiarse de la pensión debidamente cumplido (20 años de servicios), sin necesidad de que haya cumplido la edad requerida.

Esta modalidad de pensión de jubilación, la jurisprudencia la llama *pensión post mortem*, según la cual su reconocimiento se da con ocasión al fallecimiento del servidor, siempre y cuando reúna el tiempo de servicio exigido para beneficiarse de la pensión de jubilación, siendo sustituible a su cónyuge o hijo menor o invalido.

La sustitución de la pensión de jubilación post mortem, se encuentra regulada en la Ley 12 de 1975, la cual dispone:

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.

ARTÍCULO 2º.- Este derecho lo pierde el cónyuge sobreviviente cuando por su culpa no viviere unido al otro en el momento de su fallecimiento, o cuando contraiga nuevas nupcias o haga vida marital, y los hijos por llegar a la mayoría de edad o cesar la incapacidad.

ARTÍCULO 3º.- Cónyuge supérstite e hijos que concurrirán por mitades, con derecho a acrecer cuando falte uno de los órdenes o se extinga su derecho, lo propio que los hijos entre sí.

ARTÍCULO 4º.- Cónyuge supérstite, e hijos tienen derecho a los reajustes y demás beneficios y obligaciones consagradas por las leyes o convenciones en favor de los pensionados.

Siendo así, visto lo anterior, es menester hacer la anotación que la sustitución de pensión de jubilación que trata el Decreto Ley 3135 de

1968, estriba en aquella que dicho derecho pensional fue reconocido en vida por el servidor quien posteriormente fallece⁹; mientras que la sustitución de pensión post mortem de jubilación, se constituye con ocasión al fallecimiento del servidor pero que en vida no gozaba del derecho pensional, pero tenía el tiempo de servicio cumplido para acceder a él.

En ese sentido, ambas sustituciones pensionales fueron diseñadas para proveer *"el soporte material necesario para satisfacer el mínimo vital de sus beneficiarios, adquiere el carácter de derecho fundamental, lo cual sucede, entre otros casos, cuando se trata de una persona de la tercera edad: En otras palabras, en este tipo de situaciones el pago de la mesada pensional constituye el medio indispensable para la satisfacción del mínimo vital del interesado, y a través suyo, de sus demás derechos fundamentales, cuya materialización presupone la existencia de condiciones materiales mínimas que permitan a la persona sobrevivir con dignidad."*¹⁰

Visto el marco legal del régimen pensional de servidor territorial, y de la sustitución de pensión de jubilación, y sustitución de pensión post mortem de jubilación, procede la Sala a desatar el fondo del asunto.

e. Solución del caso.

Abordando el *sub examine*, la Sala encuentra probado los siguientes supuestos:

- La Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL, mediante Resolución No. 044425 del 20 de diciembre de 1993, reconoció pensión post mortem de jubilación al señor PROSPERO GÓMEZ TINOCO, efectiva a partir del 19 de marzo de 1992.¹¹
- Según este acto administrativo, aquel reconocimiento se dio con ocasión al fallecimiento del señor PROSPERO GÓMEZ TINOCO, ocurrida el día 18 de marzo de 1992¹², quien para dicha fecha tenía acumulado 20 años, 11 meses y 10 días de servicios, siendo su último empleador el Departamento de Sucre.

⁹ Igual consideración merece la sustitución que habla la Ley 71 de 1988.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T – 245 de 2017.

¹¹ Folios 12 a 15, c. 1.

¹² Ver archivo No. 24 del CD de antecedentes administrativos.

- En razón a lo anterior, se sustituyó de forma vitalicia el derecho pensional del señor PROSPERO GÓMEZ TINOCO, a su cónyuge JOSEFA DÍAZ SIERRA, en un 50%, y el 50% restante a favor del hijo menor CARLOS ALBERTO GÓMEZ DÍAZ.
- Que la liquidación del derecho pensional, se efectuó de acuerdo a lo preceptuado en la Ley 33 de 1985, aplicando el 75% del salario promedio devengado en el último año de servicio, teniendo en cuenta los siguientes factores salariales: asignación básica mensual y gastos de representación.
- Según certificado expedido por el Coordinador de Archivo de la Gobernación del Departamento de Sucre, se tiene que el último cargo que ocupó el señor PROSPERO GÓMEZ TINOCO era Jefe de Equipos, adscrito a la Secretaría de Obras Públicas, devengando entre el 1º de enero de 1990 y el 23 de octubre de 1990, los siguientes factores salariales: asignación básica mensual, gastos de representación, prima semestral y prima de navidad.¹³

Con base en lo anterior, se tiene que el señor PROSPERO GÓMEZ TINOCO, la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL - CAJANAL le reconoció una pensión post mortem de jubilación con base en los parámetros de la Ley 33 de 1985.

No obstante, tal como lo concluyó el *A quo*, se advierte que el señor PROSPERO GÓMEZ TINOCO al momento de entrar en vigencia la Ley 33 de 1985¹⁴, ostentaba más de quince (15) años de servicios, por tanto, en virtud del régimen de transición estipulado en el parágrafo 2º del artículo 1º *ibídem*, era beneficiario del régimen pensional de los empleados territoriales vigente con anterioridad a aquella norma, esto es, la Ley 6ª de 1945, favoreciéndose de aquel régimen no solamente en el requisito de edad para acceder a la pensión¹⁵, sino en la forma de liquidación de su mesada pensional, que corresponde al 75% del promedio de los salarios¹⁶ que devengó en el último año de servicio (Ley 4ª de 1966).

¹³ Folio 17, c. 1.

¹⁴ 13 de febrero de 1985.

¹⁵ Que para el caso de la post mortem resulta inane, ya que lo que se tiene en cuenta es el cumplimiento del tiempo de servicio, que tanto para la Ley 33 de 1985 como la Ley 6ª de 1945, comprende el período de 20 años.

¹⁶ Entiéndase por salario, bajo esta égida pensional, todo aquello que por su naturaleza corresponde a la compensación directa por los servicios prestados, sin que se indique que sobre éstos se hayan efectuados, indefectiblemente, aportes a pensión.

Así las cosas, visto ésto, se tiene que el reproche de la demandada en su recurso, no tiene asidero fáctico y jurídico, habida consideración que el régimen pensional aplicable al caso de marras corresponde a la Ley 6ª de 1945 y no la Ley 33 de 1985, de suerte que la base pensional no está sujeta al artículo 3º de esta última norma, en el sentido que los factores a incluir están sometidos a los taxativamente señalados en esa preceptiva, sino que debe efectuarse con los factores salariales que enlista el Decreto 1045 de 1978 y todos aquellos emolumentos que tengan la naturaleza de salario.

En ese orden de ideas, se tiene que la señora JOSEFA DÍAZ SIERRA, en su calidad de pensionada sustituta de pensión post mortem del señor RAMIRO GÓMEZ TINOCO, tiene derecho a que se le reliquide su mesada pensional, teniendo en cuenta en la base de liquidación pensional, todos los factores salariales devengados por su fallecido cónyuge en el último año de servicio, los cuales son, además de la asignación básica mensual y gastos de representación incluidos en el acto de reconocimiento, la prima de navidad, exceptuándose la prima semestral dado que su título o fundamento normativo desapareció del universo jurídico al ser declarado nulo mediante decisión judicial proferida por este Tribunal, como lo consideró el *A quo* en la sentencia de alzada.

Por otro lado, dado el inconformismo del apelante con relación a la condena en costas impuestas por el *A quo*, el Tribunal estima que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, adoptó un criterio objetivo de imposición de costas, por lo que no es necesario auscultar la conducta de las partes para ello. Por consiguiente, para la Sala respecto de este punto, al tener un criterio objetivo - valorativo, basta en principio que una de las partes resulte vencida en el proceso para ser condenada en costas, salvo la presentación de elementos objetivos que al ser valorados permitan al operador judicial abstenerse de imponer tal condena, como cuando se verifica un cambio del precedente jurisprudencial aplicable al caso.

Así las cosas, dando respuesta al planteamiento jurídico, se concluye que la demandante tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación, gobernada por las prerrogativas de la Ley 6ª de 1945, por consiguiente, se confirmará la sentencia en alzada.

f. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 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 demandada apelante, y a favor de la parte demandante. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **sala tercera de decisión oral del Tribunal Administrativo de Sucre, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 27 de octubre de 2017, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Sincelejo, en consideración a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: 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° 32

Notifíquese y cúmplase,

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

Magistrado ponente

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Magistrado

ANDRÉS MEDINA PINEDA

Magistrado