



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
Sala Segunda de Decisión Oral

Sincelejo, veinticinco (25) de Septiembre de dos mil catorce (2014)

M. P. RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-23-33-000-2014-00007-00
DEMANDANTE: ETILVIA VERGARA DE ORTIZ
DEMANDADA: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES
PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL
(UGPP)
NATURALEZA: NULIDAD Y REST. DEL DERECHO

Procede la Sala, a dictar sentencia de primera instancia, dentro del proceso instaurado en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, iniciado por la señora **ETILVIA VERGARA DE ORTIZ** contra **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARA FISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL “UGPP”**

1. ANTECEDENTES

1.1 Pretensiones.¹

La entidad demandante a través del presente medio de control pretende:

“PRIMERO: Declarase la nulidad de la Resolución No. RDP008627 de febrero 25 de 2013, expedida por la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL “UGPP”**, por la cual, se negó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la señora **ETILVIA VERGARA DE ORTIZ**.

SEGUNDO: Se declare la nulidad de la Resolución No. RDP 016797 de 15 de abril de 2013, expedida por **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL “UGPP”**, la cual resolvió el recurso de reposición.

¹ Folios 48-49 del expediente.

TERCERO: Se declare la nulidad de la Resolución No. RDP 019826 de 30 de abril de 2013, expedida por **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARA FISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL “UGPP”**, la cual resolvió el recurso de apelación.

CUARTO: Como restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada, a reconocer y pagar a la señora **ETELVIA VERGRA DE ORTIZ**, la pensión de sobreviviente.

QUINTO: Se condene a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARA FISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL “UGPP”**, a reconocer, liquidar y pagar a la actora, las sumas correspondientes a las mesadas causadas desde la fecha en que se causó el derecho y los respectivos intereses moratorios.

SEXTO: La condena respectiva será actualizada conforme al artículo 187 del C.P.A.C.A. y los índices de precios del consumidor.

SEPTIMO: Se ordene dar cumplimiento a la sentencia conforme al artículo 192 del C.P.A.C.A.”

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

A continuación se hará alusión a los supuestos fácticos relevantes, que tienen relación directa con la presente problemática, a saber:

- Se indicó que la señora ETILVIA VERGARA DE ORTIZ, contrajo matrimonio católico con el señor LUIS MARÍA ORTIZ TUÑÓN, el día 08 de diciembre de 1955, quien falleció el día (24) de septiembre de 1974.

- El señor LUIS MARÍA ORTIZ TUÑÓN, prestó sus servicios en la Institución Educativa Normal Superior de Sincelejo, en los períodos de 1º de mayo de 1960, hasta 25 de septiembre de 1974, para un total de 14 años, 4 meses y 12 días, conjuntamente, prestó sus servicios a DASSSALUD, en el tiempo comprendido entre 1º de junio de 1972, hasta 25 de septiembre de 1974, para un total de 2 años, 8 meses y 25 días.

- Se señala que la señora ETILVIA VERGARA DE ORTIZ, cumple con los requisitos exigidos por la Ley 100/93, esto es, 50 semanas cotizadas dentro

² Ver folios 2-3,

de los tres últimos años, inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante, el cual devengaba un ingreso base de liquidación de tres (3) S.M.L.M.V. (\$ 1.768.500.00), durante los últimos 10 años.

- La accionante, solicitó reconocimiento de la pensión de sobreviviente ante la entidad demandada, la cual, mediante Resolución No. RDP008627 de 25 de febrero, negó la solicitud. Seguidamente la actora, presentó recursos de reposición y en subsidio de apelación, los cuales fueron resueltos en las Resoluciones Nos. RDP016797 de 15 de abril de 2013 y RDP019826, confirmando la resolución acusada.

Como soportes jurídicos de su pretensión, son aducidos preceptos de carácter constitucional y legal, como lo son los artículos 2, 6, 13, 29, 53, 86, 87 y 229 de la Constitución Política; Ley 100 de 1993, artículos 46, 47, 48, 50, 73, 74, 141, Ley 797 de 2003; artículo 12, Decreto 01 de 1984, artículos 84, Ley 33 de 1973, Decreto No. 1848 de 1968, Decreto 3135 de 1968; Jurisprudencia: Sentencia C-44 del 18 de septiembre de 1997, Sentencia T-292 de 2006, Sentencia T-891 de 2011, Sentencia T-110 de 2011, Sentencia C-177 de 2005. Sentencia T-001 de 2009, entre otras.

Finalmente, la parte actora, establece como marco de violación, el hecho de que los actos administrativos proferidos por la entidad, desconocen el derecho al debido proceso y el principio de favorabilidad, en materia pensional, en aras de cumplir con los fines esenciales del Estado. En este orden, se argumentó, que dichos actos se expidieron con falsa motivación, al desconocer el precedente jurisprudencial, pues, se debe aplicar la Ley 100 de 1993, de manera *retrospectiva*, exigiéndole los requisitos para el reconocimiento de su derecho pensional, con base en la nueva legislación.

Siendo así, dice el demandante, resulta aplicable la nueva ley, atendiendo que en el momento de la entrada en vigencia de la misma, la accionante cumplía con los requisitos exigidos, para acceder a la pensión de sobreviviente, más no, a una indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente.

1.3.- Contestación de la demanda³.

La parte demandada, en su contestación, adujo:

Que los hechos mencionados en el libelo de la demanda, son ciertos, a excepción del hecho quinto, que no le consta y debe probarse, pero se opone a que se decreten todas y cada una, de las pretensiones formuladas, por existir insuficientes razones legales.

Por último, la parte demandada, formula como excepciones: *Inexistencia de la obligación*, en el entendido que no se cumple con el requisito de la edad de 55 años y los 20 años de servicio continuos o discontinuos, para acceder a la pensión, que exige el Decreto 1848, correspondiente al régimen jurídico aplicable, ya que la ley 100 de 1993, al momento del retiro del servicio del causante, no estaba vigente, a su vez se le negó la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente, puesto que bajo la guarda de la Ley 33 de 1973, que le es aplicable al caso, contempla como requisito, tener el estatus de pensionado para acceder a dicha indemnización, requisito que no cumple el causante, como lo indicó el demandado.

De igual manera, se propuso la excepción de *incompatibilidad en el reconocimiento de indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivencia y reconocimiento y pago de la pensión*: Dice la demandada, que en virtud de un fallo de tutela, la indemnización sustitutiva de la pensión, fue cancelada a la actora, por lo cual, no hay como financiar el pago mensual y vitalicio de la pensión que se discute, pues, los fondos de dicha pensión, se encuentran en el patrimonio de la demandante. De igual forma, se propone la *prescripción* de las pretensiones, aludidas en la demanda.

³ Folio 97-102 del expediente.

1.4.- Actuación Procesal

La demanda, fue inadmitida mediante proveído del 27 de enero de 2014⁴; corregidas las inconsistencias advertidas, el catorce (14) de febrero de 2014⁵ es admitida; tal providencia fue notificada al actor y a su apoderado judicial, el 24 de febrero de 2014, mediante notificación personal⁶. Igualmente, se notificó personalmente, a través de correo electrónico, al Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

La demanda fue contestada, el 25 de febrero de 2014⁷.

Mediante auto de 20 de junio de 2014⁸, se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, la cual fue realizada el día 22 de julio de 2014⁹. El 20 de agosto de 2014¹⁰, se lleva a cabo audiencia de pruebas, donde se decide prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, disponiéndose la presentación de los alegatos de conclusión, por escrito, por el término de 10 días, al igual que al Ministerio Público, para que presentara el respectivo concepto, si a bien lo considerara.

1.5.- Alegatos de conclusión:

- **Parte demandante**¹¹: Alega la parte demandante, que en virtud de los principios de equidad, solidaridad e igualdad, que rigen la órbita de los derechos en materia de seguridad social, al accionante, debe aplicársele la ley más favorable, en cumplimiento de los fines esenciales del Estado, para que se le reconozca la pensión de sobreviviente, a quien tiene derecho.

⁴ Folio 41-42, del expediente.

⁵ Folio 52 y reverso del expediente.

⁶ Folio 60, del expediente.

⁷ Ver folios 97-102, del expediente.

⁸ Ver folio 106, del expediente.

⁹ Ver folios 128-135, del expediente.

¹⁰ Ver folios 150-152, del expediente.

¹¹ Folio 155-169 del expediente.

- **Ministerio Público¹²:** El señor Agente del Ministerio Público, emitió concepto de fondo, donde hace un recuento de los supuesto fácticos y jurídicos de la demanda, haciendo especial consideración, en relación a los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente, bajo el régimen de la Ley 100, consistentes en que el afiliado, esté cotizando al sistema y que al momento del fallecimiento, debe haber cotizado por lo menos 26 semanas o habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiera efectuado aportes, de por lo menos 26 semanas, en el año inmediatamente anterior a aquel, en que se produjo la muerte.

Todo lo anterior, para puntualizar, que en el presente caso, no le es aplicable el principio de retrospectividad de la ley, consistente en que se aplica la norma, en situaciones no consolidadas antes de su vigencia, pues, la línea jurisprudencial del Consejo de Estado ha señalado, que la pensión de sobreviviente, se causa al momento del fallecimiento del pensionado, por lo que las normas aplicables, son las vigentes para esa época

Desarrollado lo anterior, la vista fiscal concluye, que para el caso en concreto, le es aplicable el Decreto 3041 de 1966, para el cual, se cumplen los requisitos para acceder a una pensión de sobreviviente, por lo cual, debe ser reconocida, aplicando el principio de favorabilidad y descontar de todas las mesadas causadas, hasta que se haga efectivo el reconocimiento de la indemnización pagada.

- **Parte demandada:** No hizo uso de esta oportunidad procesal.

2. CONSIDERACIONES

2.1.- Competencia.

El Tribunal es competente, para conocer en Primera Instancia, de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 152, numeral 2, del

¹² Folio 170-180 del expediente.

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad, que invalide lo actuado.

2.2.- Acto administrativo demandado.

.- Resolución No. RDP008627 de febrero 25 de 2013, expedida por la UGPP, por medio de la cual, se negó el reconocimiento de una pensión de sobreviviente.

.- Resolución No. RDP016797 de 15 de abril de 2013, expedida por la UGPP, según la cual, se negó un recurso de reposición.

.- Resolución No. RDP019826 de 30 de abril de 2013, emanada por la UGPP, resolviendo un recurso de apelación.

2.3.- De las excepciones de mérito.

La UGPP, propuso las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN E INCOMPATIBILIDAD EN EL RECONOCIMIENTO DE INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN DE SOBREVIVENCIA Y RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSIÓN, medios de oposición que tienen relación directa con el fondo del asunto, por lo que los mismos, se estudiarán al momento de desatar el caso concreto.

2.4.- Problema jurídico

Vistos los extremos de la litis y acogiendo la fijación del litigio estipulada en la audiencia inicial, desarrollada el 22 de julio de 2014, en donde las partes asistentes manifestaron su aprobación al mismo, el problema jurídico a desatar en esta oportunidad, estriba en determinar ¿A la señora ETILVIA MARÍA VERGARA DE ORTÍZ, le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente, de conformidad con el artículo 46 de la Ley 100 de 1993?

A más de lo anterior, como planteamiento jurídico asociado al propuesto, relevante para resolver el problema principal, está: ¿Establecer si en el caso de la referencia, procede a la aplicación del principio de retrospectividad, en relación a la procedencia de reconocer la pensión de sobrevivientes, frentes a situaciones consolidadas, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993?

2.5.- Análisis de la Sala.

2.5.1.- Sistema integral de Seguridad Social – Pensión de sobreviviente e indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente.

Con la Ley de 100 de 1993, la intención del legislador y del Gobierno Nacional, fue constituir un régimen general e integral de seguridad social, que amparara a toda la población del territorio colombiano, en su derecho fundamental a la salud y en el cubrimiento de contingencias como vejez, muerte e invalidez¹³. Para este último evento, esta normativa, sentó todos los parámetros, mecanismos, herramientas, procedimientos y condiciones, para cotizar y acceder, tanto al afiliado como a sus beneficiarios, a la prestación social, de pensión con ánimo de amparar los riesgos señalados.

Una de las modalidades pensionales, que cubre a una persona afiliada al régimen general de seguridad social, dentro de sistema pensional de prima media con solidaridad, es la pensión de sobrevivientes, cuya regulación se encuentra en el Título II, Capítulo IV de la Ley 100 de 1993, entendida por la

¹³ "ARTICULO. 11.- Modificado por el art. 1, Ley 797 de 2003. **Campo de aplicación.** El sistema general de pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general.

Para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes".

doctrina constitucional, como una prestación “que se reconoce a favor del grupo familiar del afiliado o pensionado por vejez o invalidez por **riesgo común que fallezca**, de acuerdo con las condiciones de cotización y personales de los beneficiarios, previstas en la misma norma”¹⁴. Por tal motivo, aduce la misma doctrina, que “**la naturaleza jurídica de la pensión de sobrevivientes, es evitar la desprotección del grupo familiar dependiente del afiliado o cotizante ante su fallecimiento** y, por ende, la eventual interrupción de los ingresos económicos necesarios para garantizar la subsistencia de dicho grupo”.

Los condicionamientos para acceder a la pensión de sobrevivientes y sus beneficiarios, se enlistan en el artículo 46 y siguientes de la Ley 100 de 1993, a saber:

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

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

(...)

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

ARTICULO. 47.- Modificado por el art. 13, Ley 797 de 2003.
Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 1889 de 1994. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

- a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.

En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante (...) hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T – 716 de 22 de septiembre de 2011, M. P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido;

b) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez;

c) A falta del cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste, y

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

“ARTICULO. 48. Monto de la pensión de sobrevivientes. Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 832 de 1996. El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquél 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.

Ahora bien, el artículo 49 *ibídem*, enseña la figura de la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente -para el caso del afiliado al régimen de prima media con solidaridad-, concebida como la posibilidad que tienen los miembros del grupo familiar del afiliado, que al momento de su muerte, no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, 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.

Frente a la indemnización sustitutiva de sobreviviente, la H. Corte Constitucional, considera:

“El legislador, gracias a su libertad en la configuración normativa, en relación con el Sistema General de Pensiones, consideró que su propósito es garantizar a la población, el amparo en contingencias que podría derivarse de la vejez, la invalidez y la muerte, por medio del reconocimiento de las pensiones y prestaciones previstas en la ley y propender por la ampliación progresiva de cobertura a los grupos poblacionales que no se encuentran cubiertos por un sistema pensional.

De igual manera, se reitera, estableció que el sistema de pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios pero excluyentes, que coexisten: el régimen solidario de prima media con prestación definida, mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas y el régimen de ahorro individual con solidaridad, entendido como el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados.

*El primer régimen, estableció la **indemnización sustitutiva** de la pensión de vejez, invalidez y **sobrevivientes, como una solución alternativa al pago de la pensión para quienes no logran acreditar los requisitos para obtener el reconocimiento de una cualquiera de esas pensiones. Se trata de un medio para reclamar una compensación por el valor de las sumas efectivamente cotizadas, cuyo monto se calcula teniendo en cuenta la fórmula matemática prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993¹⁵**”.* (Negrillas fuera de texto)

Así las cosas, el sistema general e integral de seguridad social, estipula y regula todo lo referido, al acceso por parte del grupo familiar del afiliado, al régimen de prima media con solidaridad, para ser beneficiario a una pensión de sobrevivientes y dado el evento, en que no se cumplan con las exigencias para acceder a esa prestación, existe la posibilidad de percibir una indemnización, en sustitución de aquella.

¹⁵ Sentencia T – 093 de 2013. M. P. DR. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB.

2.5.2.- Configuración y causación de la pensión de sobreviviente. antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 –criterio de retrospectividad de la Ley en materia de seguridad social pensional, frente a situaciones consolidadas y constituidas antes de la Ley 100 de 1993-

En tratándose de pensión de sobreviviente, evidentemente, puede acontecer que una persona afiliada al sistema de seguridad en pensión, fallezca, antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 y reclame, con fundamento en el artículo 46 *ibídem*, el derecho a percibir una pensión de sobreviviente.

Sin embargo, para el caso de los empleados públicos, que valga decir, para la época que precedió a la expedición de la mentada norma, estaban afiliados a las Cajas de Previsiones Sociales Públicas, en el régimen prestacional que regía para ellos, no se concebía la figura de la pensión de sobrevivientes¹⁶, únicamente existía, para los afiliados a los Seguros Sociales, regulada en el Decreto 3041 de 1966¹⁷, de modo que en ese evento, para acceder a la pensión de sobreviviente, dejada por un servidor público, afiliado a una caja nacional de previsión, a su grupo familiar, tendría la alternativa, de que se le de aplicación al artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en virtud del criterio de retrospectividad de la ley.

Sobre la aplicación de este criterio de retrospectividad de la ley, en materia de seguridad social, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, ha tenido varias posiciones, que va, desde su íntegra aplicación, en virtud del principio de favorabilidad frente a la norma, que más beneficia al grupo familiar del difunto afiliado, hasta la posición más reciente, asumida en **sentencia de unificación**, en la que adoptó la inaplicabilidad de la pensión de sobreviviente, en situaciones jurídicas, constituidas antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, en razón a que el principio de favorabilidad, en estos casos, únicamente, se invocaba frente a normas

¹⁶ Normas como los Decreto 3135 de 1968, Decreto 1868 de 1969, Decreto 1042 de 1978, Decreto 1045 de 1978, Ley 33 de 1985 y Ley 60 de 1985, entre otras.

¹⁷ Por el cual se aprueba el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte

vigentes al momento del deceso, es decir, al momento de constituirse la pensión en comento, de manera que, pretender aplicar una preceptiva que entró en vigencia, mucho después del deceso, no es propio de la retrospectividad, sino de la retroactividad de la ley, en atención a que se da aplicación regresiva, a disposiciones que prevé el nuevo estatuto y no a lo que más le favorecen al solicitante, de la prestación pensional.

En efecto, en sentencia de 25 de abril de 2013, el H. Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Segunda, radicación No. 76001-23-31-000-2007-01611-01 (1605-09), C. P. Dr. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, expresó la posición esbozada en precedencia, en los siguientes términos:

“(...) La jurisprudencia de esta corporación¹⁸ ha considerado que en circunstancias especiales, cuando un régimen pensional especial no satisface las mínimas garantías que sí satisface el régimen general y cuando este resulta más favorable que el especial, debe preferirse su aplicación; no obstante, es necesario tener en cuenta que la ley favorable que se debe aplicar es la que esté vigente al momento en que se habría causado el derecho.

El derecho a la pensión de sobrevivientes se causa al momento del fallecimiento del pensionado, es decir, en el caso analizado las normas que gobiernan la pensión de sobrevivientes que hubiera podido surgir con ocasión del fallecimiento del señor Jaime Reyes son las que estaban vigentes el 19 de octubre de 1985, pues fue durante su vigencia cuando se produjo el deceso y por tanto, cuando se pudo consolidar el presunto derecho reclamado.

La Ley 100 de 1993, que consagra el derecho pensional de sobrevivientes solicitado por la accionante, entró en vigencia el 1º de abril de 1994, de conformidad con lo previsto en su artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

“ART. 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 1994”.

¹⁸ Ver, entre otras, las sentencias de octubre 7 de 2010, Consejero Ponente LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO, radicación No. 76001-23-31-000-2007-00062-01 (0761-09); febrero 18 de 2010, Consejero Ponente GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, radicación No. 08001-23-31-000-2004-00283-01 (1514); abril 16 de 2009, Consejero Ponente VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, radicación No. 76001-23-31-000-2004-00293-01 (2300-06).

Es decir, no estaba en vigencia al momento del fallecimiento del causante, razón por la cual no puede aplicarse para resolver la situación pensional aquí reclamada.

Para la Sala es evidente que lo que pretende la demandante es la aplicación retroactiva de la Ley 100 de 1993, pues considera que le es benéfica y favorece sus pretensiones; no obstante, los derechos prestacionales derivados de la muerte del señor Reyes se consolidaron a la luz de las normas vigentes al momento de su fallecimiento, **lo que lleva a afirmar que no es viable la aplicación de la ley que se pretende, toda vez que ello iría en contravía del principio de irretroactividad de la ley, derivado de la Ley 153 de 1887.**

La ley sustancial, por lo general, tiene la virtud de entrar a regir las situaciones que se produzcan a partir de su vigencia, pues aún no se encuentran consolidadas y, solo por excepción, rigen de manera retroactiva; sin embargo, para que ello ocurra, el contenido de la ley debe precisar lo pertinente, lo que no sucede en el caso de la Ley 100 de 1993, pues al tenor de lo dispuesto en su artículo 151 empezó a regir a partir del 1º de abril de 1994.

En las anteriores condiciones, la demandante no tiene derecho a acceder al derecho pensional consagrado en los artículos 46 a 48 de la Ley 100 de 1993, toda vez que los derechos prestacionales causados con la muerte de su cónyuge se consolidaron en vigencia de la normatividad anterior, la que exigía el requisito de tener 15 o más años de servicio activo y, como no cumplió ese requisito, no era viable su reconocimiento.

Con los argumentos expuestos en forma antecedente, la Sala **rectifica** la posición adoptada en sentencias de abril 29 de 2010(5) y noviembre 1º de 2012(6), en las que, en materia de sustitución pensional se aplicó una ley nueva o posterior a hechos acaecidos antes de su vigencia, en ejercicio de la retrospectividad de la ley, **precisando que no hay lugar a la aplicación de tal figura, toda vez que la ley que gobierna el reconocimiento de la pensión de beneficiarios es la vigente al momento del fallecimiento del causante y no una posterior**"
(Negritas y subrayas fuera de texto)

Posteriormente, el Alto Tribunal Contencioso Administrativo, en un caso similar, al desatado en la providencia mencionada en el párrafo que antecede, acogió esa misma postura, expresando¹⁹:

¹⁹ Sentencia de 4 de julio de 2013, Sección Segunda, Radicación número: 05001-23-31-000-2008-00975-01 (2285-12), C. P. Dra. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ.

“(...) Esta Corporación en Sala Plena de 25 de abril de 2013, frente al criterio de la Retrospectividad, rectificó este argumento que había sido adoptado, señaló que en materia de sustitución pensional no se podía dar aplicación a una Ley posterior, dado que la norma que debe tenerse en cuenta es la vigente al momento del deceso. (...)”

(...)

*De acuerdo a lo expuesto y de conformidad con la normatividad referida anteriormente, considera la Sala que no hay lugar a la aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, toda vez que al momento del fallecimiento del señor José Mauro Criollo Yaqueno, esto es, 27 de diciembre de 1990, la normatividad que se encontraba vigente era el Decreto No. 1213 de 1990, que gobierna la pensión de sobreviviente y la cual debe ser aplicada a la beneficiaria en el presente caso, **dado que la Ley favorable que se debe aplicar, es la actual al momento del deceso del agente fallecido y no una norma posterior como es la Ley 100 de 1993, que entró a regir el 1º de abril de 1994...***
(Negritas y subrayas fuera de texto)

Así entonces, si bien hubo un tiempo en que la jurisprudencia contenciosa administrativa, invoca el criterio de retrospectividad, para aplicar la ley más favorable en temas de seguridad social, hoy día, esa postura ha sido rectificada, asumiendo, que no es posible reclamar el derecho pensional de sobreviviente, de que trata el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, cuando el deceso del afiliado o cotizante, se hubiese producido con anterioridad, a la entrada en vigencia de dicha normativa, esto es, el 1º de abril de 1994, por lo tanto, no es procedente petitionar esa prestación, con fundamento en la retrospectividad de la ley, como quiera que la ley que entrar a aplicar al caso, es la vigente al momento de constituirse el derecho.

2.5.3.- Caso concreto.

Vistos los razonamientos expuestos, abordando el *sub examine*, se tiene por probado lo siguientes supuestos:

.- La señora ETILVIA MARÍA VERGARA DE ORTÍZ, contrajo matrimonio católico con el señor LUIS MARÍA ORTÍZ TUÑÓN, el día 8 de diciembre de

1955, según copia del acta del registro civil de matrimonio de la Notaría Segunda del Círculo de Sincelejo, visible a folio 18.

.- El señor LUIS MARÍA ORTÍZ TUÑÓN, falleció el 25 de septiembre de 1974, según acta de registro civil de defunción, que reposa en la Notaría Primera de Sincelejo, obrante a folio 19.

.- De conformidad con el certificado suscrito por el rector y pagadora, GUIDO NEL PÉREZ DÍAZ y ELITH MARINA VILLAFañE MEZA, respectivamente, de la INSTITUCIÓN EDUCATIVA NORMAL SUPERIOR DE SINCELEJO, el señor LUIS MARÍA ORTÍZ TUÑÓN, prestó sus servicios en ese ente educativo, como odontólogo, nombrado según resolución No. 1539 de abril 28 de 1964, posesionado el 8 de mayo de ese año, hasta el 30 de septiembre de 1974, fecha en que se retiró. (fl. 20-23).

.- Según certificado de información laboral (FORMATO No. 1), de fecha 30 de julio de 2012 y certificado del Jefe de Personal de DASSALUD, el señor LUIS MARÍA ORTÍZ TUÑÓN, laboró en el SERVICIO DE SALUD DE SUCRE (DASSSALUD), desde el 1º de junio de 1972, hasta el 25 de septiembre de 1974, en el cargo de odontólogo, realizando sus aportes en materia pensional, a CAJANAL (fl.24 y folio 74, del cuaderno de pruebas).

.- La CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL CAJANAL E.I.C.E. EN LIQUIDACIÓN – hoy UGPP, mediante resolución No. 0153/81 de 21 de abril de 1983, negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación post - mortem del señor LUIS MARÍA ORTÍZ TUÑÓN, en consecuencia, negó la sustitución pensional a favor de la señora ETILVIA MARÍA VERGARA DE ORTÍZ (folios reverso folio 38 y 39 cuaderno de pruebas)

.- La CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL CAJANAL E.I.C.E. EN LIQUIDACIÓN – hoy UGPP, mediante resolución No. UGM 014941 de octubre 24 de 2011, dio cumplimiento al fallo de tutela proferido por el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SINCELEJO – SALA CIVIL – FAMILIA – LABORAL, de fecha 5 de agosto de 2011, procediendo a reconocer a la señora ETILVIA MARIA VERGARA DE ORTÍZ, una

indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente, en cuantía de \$2.585.722.00 (fls. 99-101, cuaderno de pruebas).

.- La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, a través de Resoluciones No. RDP 008627 de 25 de septiembre de 2013, RDP 019826 de 30 de abril de 2013 y RDP 016797 de 15 abril de 2013, negó, en sede de reposición y en apelación, el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente.

Atendiendo los supuestos probados, a la luz de los razonamientos expuestos en el acápite que antecede, encuentra la Sala, que el señor LUIS MARÍA ORTÍZ TUÑÓN, prestó sus servicios al Estado, en calidad de odontólogo, falleciendo este antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993. Por consiguiente, sin entrar a mayores consideraciones, se colige, que en el *sub lite*, no es posible aplicar el artículo 46 de esa ley, que trata la pensión de sobreviviente, en razón a que no estuvo vigente al momento de su deceso, esto es, el 25 de septiembre de 1975, fecha en que se constituyó el derecho que se reclama en esta oportunidad, es decir, no es factible retrotraer los efectos de la Ley 100 de 1993, 19 años y 5 meses hacia atrás, aproximadamente.

La postura que expone la actora, en el acápite de concepto de violación de la demanda y en el escrito de alegatos, referida a la aplicabilidad del criterio de retrospectividad de la Ley 100 de 1993, en el caso concreto, ya que es la norma que más le favorece, apoyándose en la sentencia de 29 de abril de 2010, con ponencia del Dr. GUSTAVO GÓMEZ ARANGUEREN²⁰, entre otras, no se acompasa con lo esbozado por el H. Consejo de Estado, quien rectificó la posición atrás señalada y sentó la posición, de la aplicabilidad de la norma vigente, al momento de constituirse el derecho prestacional de pensión de sobreviviente, de manera que, entrar a aplicar el artículo 46 y siguientes de la ley en mención, en el caso concreto, sería

²⁰ Ver folio 8 de libelo de demanda.

tanto como darle, efectos retroactivos a una norma que carece de esa disposición.

Si de hablar de principio de favorabilidad se trata, en el caso de la demandante, esta debe examinarse, según las normativas vigentes al momento del deceso del señor LUIS MARÍA ORTÍZ TUÑÓN y la consecuente causación del derecho pensional y no conforme a leyes, que posteriormente entraron en vigencia.

Ahora bien, el Ministerio Público delegado ante este Tribunal, en el concepto que rindió en el proceso de la referencia, sentó su postura, manifestando que la accionante, si bien no es beneficiaria de la pensión de sobreviviente, estipulada en la Ley 100 de 1993, pues, esa norma no estaba vigente al momento de constituirse el derecho, puede optar y tiene derecho, a la pensión por causa de muerte, prevista en el Decreto 3401 de 1966, iniciativa vigente para el año de 1974, fecha de la muerte del cónyuge de la actora, como quiera que para ese evento, sí reúne los requisitos para acceder a esa prestación.

En relación con la posición del Ministerio Fiscal, se estima, que la misma no será acogida por este Tribunal, toda vez que la pensión, por causa de muerte, que recoge y regula el Decreto 3401 de 1966, no tiene como destinatario, a los servidores públicos del Estado, que tuvieron una vinculación legal y reglamentaria, por el contrario, el artículo 1º de ese decreto, taxativamente, prevé su campo de aplicación²¹, en el cual no

²¹ *"ARTICULO 1o. Estarán sujetos al Seguro Social obligatorio contra los riesgos de invalidez y muerte de origen no profesional y contra el riesgo de vejez;*

a. Los trabajadores nacionales y extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo presten servicios a patronos de carácter particular, siempre que no sean expresamente excluidos por la ley o por el presente reglamento;

b. Los trabajadores que presten servicios a entidades empresas de derecho público semioficiales o descentralizadas cuando no estén excluidos por disposición legal expresa;

c. Los trabajadores que mediante, contrato de trabajo presten servicios a entidades de derecho público, en la construcción y conservación de las obras públicas y en las empresas o institutos comerciales, industriales, agrícolas, ganaderos o forestales, que aquellas entidades exploten directa o indirectamente o de los cuales sean accionistas o copartícipes;

d. Los trabajadores que presten servicios a un sindicato para la ejecución de un contrato sindical, caso en el cuál la entidad profesional se entiende patrono de los trabajadores.

PARAGRAFO. Para los trabajadores independientes, los de servicio doméstico, los trabajadores a domicilio y los trabajadores agrícolas de empresas no mecanizadas se hará

incluye, a este tipo de trabajadores, de suerte, que esa modalidad de pensión, no puede ser aplicado a la demandante, en atención a que su cónyuge, ostentaba, al momento de su fallecimiento, la calidad de empleado público, con vinculación legal y reglamentaria, tal como se dejó sentado en precedencia.

Por lo tanto, encuentra la Sala, que la normativa que regula la pensión por causa de muerte para afiliados al Seguro Social -en esa época-, no cobija a la señora VERGARA DE ORTÍZ, en razón al tipo de vinculación y a la calidad de empleado público, de su fallecido esposo.

Así las cosas, dando respuesta a los planteamientos jurídicos propuestos, esta Colegiatura dictamina, que en el asunto puesto a consideración, no procede la aplicación del principio de retrospectividad, en relación a la pensión de sobrevivientes, que se constituyeron antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo tanto, no le asiste el derecho la señora ETILVIA MARÍA VERGARA DE ORTÍZ, el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, establecida en el artículo 46 de la mentada ley, como quiera que dicha modalidad pensional, no estaba vigente al momento del fallecimiento del señor LUIS MARÍA ORTÍZ TUÑÓN, cónyuge de la demandante.

En consecuencia, se encuentra acreditada la excepción de mérito, titulada "*inexistencia de la obligación de la UGPP*" para el caso de la demandante, propuesta por la entidad demandada, relegándose la posibilidad de examinar el otro medio de defensa, por consiguiente, se negarán las súplicas de la demanda.

efectiva la obligación al Seguro en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales contra los mencionados riesgos, cuando se adopten los reglamentos que determinen la forma de protección y las modalidades tanto de las prestaciones, como financiación y de administración del seguros, que correspondan a las condiciones laborales, económicas y sociales de las citadas categorías de trabajadores".

3.- COSTAS PROCESALES

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011, dispone, que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

En ese sentido, se condena en costas a la parte demandante, las cuales serán tasadas por Secretaría, conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda Oral de Decisión del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción denominada “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta por la entidad demandada, en los términos expuestos.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, interpuesta en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por la señora ETILVIA MARÍA VERGARA DE ORTÍZ contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCAL DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, de conformidad con lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante, las cuales serán tasadas por Secretaría, a términos de los arts. 365 y 366 del C.G.P.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, **ARCHÍVESE** el expediente

QUINTO: DEVUÉLVASE el saldo de los gastos del proceso a la parte demandante, en caso de existir.

NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 00145/2014

Los magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

(Ausente en Comisión)