

Cartagena de Indias D, T y C, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

I. RADICACIÓN, IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO Y DE LAS PARTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-004-2016-00063-01
Demandante	EDILMA ROSA TORRES DE ARAGÓN
Demandado	COLPENSIONES
Tema	PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 31 de enero de 2019, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

*"1. Declare la nulidad de las siguientes resoluciones:
(...) Resolución 2446 del 2012 del ISS mediante el cual se resuelve una prestación en el Sistema General de Pensiones Régimen de Prima Media con Prestación Definida.*

2. Como consecuencia de las declaratorias de nulidad solicitadas y decretadas y como restablecimiento del derecho se ordene reconocer la pensión post mortem a que tenía derecho el señor JORGE ELIECER ARAGÓN TERÁN y sustituiría a la señora EDILMA ROSA TORRES DE ARAGÓN o en su defecto, a juicio de su despacho, se ordene reconocerla pensión de superviviente a la que tiene derecho mi poderdante.

3. Que como consecuencia del reconocimiento de la pensión a la que tiene derecho la señora EDILMA ROSA TORRES DE ARAGÓN se dé aplicación al régimen de transición aplicando la normatividad



correspondiente a su caso en cuanto a edad, tiempo y monto de la pensión del causante, además se tenga en cuenta para la determinación del ingreso base de liquidación todos los ingresos recibidos durante el último año de servicios, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado en su Sección Segunda y en consecuencia se procede a liquidarla pensión de vejez (post-mortem) desde la fecha de su reconocimiento, procediendo a reconocer todos los valores dejados de cancelar en forma indexada y con los recargos de ley, indemnizaciones correspondientes y perjuicios morales.

4. Así mismo se pague a mi representada EDILMA ROSA TORRES DE ARAGÓN, el retroactivo por concepto de la negativa a reconocerla pensión post-mortem y su sustitución, o si se quiere la pensión de sobreviviente, desde la fecha en el que el señor Jorge Eliecer Aragón Terán reunió todos los requisitos para acceder a esta prestación o se causó la misma, y que ha sido negada por parte de COLPENSIONES.

5. El valor de las condenas deberán ser debidamente indexadas con el IPC certificado por el DANE entre la fecha de causación de cada mesada pensional a la fecha de pago efectivo de las mismas.

6. Al valor de las condenas se le deberán aplicar lo normado en el art. 141 de la Ley 100/93 según (Sentencia 43564 de 2001 Corte Suprema de Justicia/F_CSJ_SCL 43564 (05_04_11) J2011) y sentencia 25000-23-26-000-2002-02431-01 (29802) de la sección segunda del Honorable Consejo de Estado, Consejero Ponente: HERNAN ANDRADE RINCÓN.

6. COLPENSIONES dará cumplimiento a la sentencia según lo establecido en los artículos 189, 192, 193 y 195 de la LEY 1437 DE 2011, nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirán las copias de la sentencia con destino al interesado y por conducto del apoderado que ha llevado la representación del mismo dentro del proceso, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo.

7. Condénese a la entidad accionada a pagar las costas y agencias en derecho."

2. HECHOS

En apoyo de sus pretensiones la demandante manifiesta lo siguiente:

El 21 de junio del 2011 presentó petición de reconocimiento de la pensión de sobreviviente ante el fallecimiento de su esposo JORGE ELIECER ARAGÓN

TERÁN, con quien convivió por espacio superior a 35 años ininterrumpidos hasta el día de su muerte, sin que se le diera respuesta.

Promovió acción de tutela que se tramitó en el Juzgado Promiscuo del Circuito del Carmen de Bolívar, siendo negativa la decisión de primera instancia, al impugnarse el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena ordenó que en un término improrrogable de 5 días diera respuesta al derecho de petición de sustitución impetrada por la accionada.

Posteriormente, Colpensiones le informó que fue negada la petición prestacional y consecuentemente se le concede la indemnización sustitutiva de pensión.

El 4 de junio del 2015 se presentó acción de revocatoria directa del acto administrativo RESOLUCIÓN GNR 302807 del 17 de noviembre del 2013 de Colpensiones y de la Resolución 2446 del 2012 del ISS, por las cuales se negó la pensión de sobrevivientes en favor de la demandante, por el fallecimiento de su esposo JORGE ELIECER ARAGÓN TERÁN.

Ante tutela presentada por la demandante, el Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras Del Carmen de Bolívar, mediante fallo del 7 de octubre de 2015, tuteló los derechos invocados ordenando a la demandada resolver la acción génesis del asunto, y ante la mora nuevamente al cumplimiento del fallo, se presentó incidente por desacato y en razón a ello la demandada emite Resolución GNR 361016 del 17 de noviembre del 2015 notificado al suscrito en el mes de noviembre, en donde no revocan los actos administrativos expresando en esta oportunidad que el causante solo tiene 954 días laborados correspondientes a 136 semanas, densidad esta, que según la demandada no son suficiente para dejar causado el derecho.

Alega ser una señora de la tercera edad, quien dependía económicamente del causante y desde su fallecimiento ha sufrido penurias por la negligencia no solo del ISS sino también de Colpensiones quienes teniendo el deber legal de reconocer la prestación deprecada.

3. SENTENCIA APELADA

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena en sentencia del 31 de enero de 2019, negó las pretensiones de la demanda, en consideración a que, como lo planteó la Corte Constitucional en múltiples ocasiones, solo es procedente la aplicación del principio de favorabilidad en su criterio hermenéutico de la condición más beneficiosa en materia de pensión de sobrevivientes, en aquellos casos en los que se deba dar aplicación a la interpretación de normas jurídicas laborales, en una situación en la cual un afiliado hubiese realizado cotizaciones bajo distintos regímenes, siempre que se demuestre que dicho afiliado cumplió con el número de cotizaciones exigidas por dicha norma jurídica y que los aportes se hubiesen efectuado durante su vigencia, y que su muerte ocurra en vigencia de un régimen diferente que le resulte desfavorable.

En ese orden de ideas, para el Despacho, dentro del plenario no es posible dar aplicación al principio de favorabilidad, puesto que la parte demandante no logró acreditar que cumplió con el requisito de las 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo cual es indispensable, según la Corte Constitucional, para dar aplicación al Decreto 758 de 1990 y no a la Ley 100 de 1993, ni al Decreto 797 de 2003; y, por ende, se colige que, antes de la entrada en vigencia del nuevo régimen de seguridad social no existía un derecho constituido ni una expectativa legítima.

Para el A quo, en el presente caso no se logró demostrar los requisitos para la aplicación del principio de favorabilidad, ni los requisitos contemplados en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 797 de 2003 para acceder a la pensión de sobrevivientes reclamada por la parte demandante, razón por la que no prosperan las pretensiones de la demanda. (Fls. 177 – 187)

4. RECURSO DE APELACIÓN.

La parte demandante presentó recurso de apelación reiterando lo expuesto en el libelo demandatorio, esto es, que, el causante al momento de su fallecimiento dejó satisfecho los requisitos determinados en el Decreto Ley 758 de 1990 que aprobó el Acuerdo 049 del mismo año, para que su única

beneficiara la señora EDILMA ROSA TORRES DE ARAGON, pudiera acceder a la pensión de sobreviviente, prestación que debe ser reconocida y pagada.

Que, de acuerdo a lo anterior, el causante falleció el 30 de noviembre de 2009, cotizando en los tres años anteriores, esto de 2007 al 2009, un total de 20 meses que es lo mismo que decir 80 semanas, lo que es suficiente para hacerse acreedora a la prestación solicitada, ya que el requisito exige 50 semanas dentro de los tres años anteriores al fallecimiento del causante. (Fls. 194 - 197)

5. TRÁMITE PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA

Con auto de fecha 12 de abril de 2019, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (Fl. 4 Cdr. 2). Mediante auto del 15 de julio de 2019 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (Fl. 8 Cdr. 2).

Las partes demandante y demandada alegaron de conclusión, reiterando lo expuesto en el recurso de apelación y el memorial de contestación, respectivamente (Fls. 11 - 15).

IV. CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente, se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA, sin encontrarse ningún vicio que acarree nulidad de lo actuado. Por ello, y como en esta instancia tampoco se observan irregularidades que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las

apelaciones de las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. Problema jurídico.

El problema jurídico a resolver, consiste en *determinar si correspondía a la demandante agotar ante la Gerencia Nacional de Atención al Pensionado, el requisito de procedibilidad de que trata el numeral 2º del artículo 161 del CPACA?*

De ser resuelto de manera negativa el anterior problema, corresponderá *establecer si es nulo el acto administrativo demandado, mediante el cual se negó el reconocimiento de la pensión post mortem en favor del señor JORGE ARAGON TERAN y su sustitución a la demandante?*

3. Tesis de la sala.

La Sala revocará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, y en su lugar se inhibirá de pronunciarse de fondo, debido a que la demandante no interpuso el recurso de apelación contra el acto demandado; el cual era susceptible de dicho recurso; con lo cual se incumplió el requisito de procedibilidad previsto en el numeral 2 del artículo 161 del CPACA.; en armonía con el artículo 76 ibidem.

La anterior tesis se soporta en los argumentos que se exponen a continuación.

4. Marco normativo y jurisprudencial.

Agotamiento de la actuación administrativa como requisito de procedibilidad para interponer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

El artículo 161 del CPACA estableció los requisitos que deben cumplirse para la presentación de la demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y específicamente sobre el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, preceptuó:



“Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

(...)

2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.

Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral (...).”

La normativa citada consagró la denominada actuación administrativa como un presupuesto procesal de carácter obligatorio para quien pretenda demandar la legalidad de un acto administrativo de contenido particular y concreto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En virtud de ella, el ciudadano debe, antes de instaurar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitar su reconocimiento ante la administración si esta no se ha pronunciado oficiosamente y, de haberlo hecho, debatir la validez del acto ante esta; lo que puede hacer a través de la interposición de los recursos que la ley establece como obligatorios. De esta manera, se logra que esta revise los argumentos fácticos y jurídicos de la decisión y si es del caso, la revoque, modifique o aclare.

Bajo tales supuestos, el agotamiento de la actuación administrativa constituye: i) una garantía de los derechos al debido proceso y defensa de los ciudadanos frente al actuar de la administración, porque permite debatir sus decisiones, ii) una oportunidad para que la administración reevalúe sus actos administrativos y corrija las equivocaciones contenidas en estos y, iii)

un presupuesto procesal para presentar la demanda a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho¹.

Ahora, el artículo 50 del C.C.A, vigente para el momento de la expedición del acto acusado; señala los recursos que proceden contra los actos administrativos, entre los que incluyó el de reposición, apelación y el de queja, cuando se rechace este último; de igual manera, de conformidad con el artículo 51 ibidem, de los anteriores recursos, el obligatorio es el de apelación; siendo facultativos los de reposición y queja.

Así las cosas, únicamente el recurso de apelación se torna en ineludible, cuando la administración otorgue la oportunidad para presentarlo, su interposición es forzosa antes de radicar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, so pena de no ser susceptible de control judicial.

Por el contrario, si la administración no ofrece la posibilidad de interponer el recurso aludido, quien pretenda demandar la nulidad de un acto administrativo puede acudir directamente a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ello de conformidad con el inciso 2º del numeral 2º del artículo 161 del CPACA según el cual «*Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral*».

5. EL CASO CONCRETO.

5.1. Hechos relevantes probados.

- El señor JORGE ELIECER ARAGÓN TERÁN falleció el 30 de noviembre de 2009 (Fl. 57).

- Laboró como Docente por el término de 10 años y 3 meses, en varias Instituciones del Municipio de El Carmen de Bolívar, en los años 1984, 1985, 1987, 1988, 1989, 1991 y 1992 en la Escuela Rural de Hondible por un período de 7 años; en la Institución Educativa Gabriel García Taboada – Sede

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección B, Radicación : 05001-23-33-000-2014-01730-01 (3176-17)

Saltones de Mesa, por 9 meses en el año 2005; en la Institución Educativa Espíritu Santo – Sede Hondible, por 10 meses en el año 2006; Institución Educativa Espíritu Santo – Sede Hondible por el término de 4 meses en el año 2007; en el Centro Educativo Rural La Alta Montaña – Sede Hondible por el término de 6 meses en el año 2007 y por 10 meses en el año 2008 (Fl. 157).

- Entre el 1º de julio de 1995 y el 31 de octubre de 2009 cotizó al ISS hoy COLPENSIONES 142,29 semanas cotizadas, encontrándose afiliado desde el 1º de noviembre de 1998 (Fl. 159).

- Los señores JORGE ELIECER ARAGÓN TERÁN y EDILMA ROSA TORRES BONILLA contrajeron matrimonio el 31 de agosto de 1974 (Fl. 58).

- Mediante Resolución No. 02446 de 14 de marzo de 2012, el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado – Seccional Atlántico negó una solicitud de pensión de sobreviviente elevada por EDILMA ROSA TORRES DE ARAGÓN en calidad de cónyuge del señor JORGE ELIECER ARAGÓN TERÁN, y concedió indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente en cuantía de \$1.433.089, la cual se incluiría en nómina de abril de 2012; acto administrativo contra el cual procedían los recursos de reposición ante el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado de la Seccional Atlántico y apelación ante la Gerencia Nacional de atención Pensionado (Fls. 19 – 20).

5.2 Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el *sub judice*, se solicita la nulidad de la Resolución No. 02446 de 14 de marzo de 2012, emitida por el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado – Seccional Atlántico, por la cual se negó una solicitud de pensión de sobreviviente elevada por EDILMA ROSA TORRES DE ARAGÓN en calidad de cónyuge del señor JORGE ELIECER ARAGÓN TERÁN.

El A quo negó las pretensiones de la demanda, en consideración a que, no es posible dar aplicación al principio de favorabilidad, puesto que la parte demandante no logró acreditar que cumplió con el requisito de las 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo antes de la entrada en vigencia de

la Ley 100 de 1993, lo cual es indispensable, según la Corte Constitucional, para dar aplicación al Decreto 758 de 1990 y no a la Ley 100 de 1993, ni al Decreto 797 de 2003; y, por ende, colige que, antes de la entrada en vigencia del nuevo régimen de seguridad social no existía un derecho constituido ni una expectativa legítima.

La parte demandante presentó recurso de apelación reiterando que el causante al momento de su fallecimiento dejó satisfecho los requisitos determinados en el Decreto Ley 758 de 1990 que aprobó el Acuerdo 049 del mismo año, para que su única beneficiaria la señora EDILMA ROSA TORRES DE ARAGÓN, pudiera acceder a la pensión de sobreviviente, prestación que debe ser reconocida y pagada.

En este contexto procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados y el objeto del recurso de apelación.

Conforme los hechos probados relacionados en precedencia, se tiene que el 21 de junio de 2011, la demandante reclamó ante el ISS hoy COLPENSIONES, el reconocimiento de la pensión de sobreviviente en calidad de cónyuge del señor JORGE ELIECER ARAGÓN TERÁN; petición que fue resuelta negativamente mediante la Resolución No. 02446 de 14 de marzo de 2012, por el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado – Seccional Atlántico.

Contra el acto administrativo acusado procedían los recursos de reposición ante el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado de la Seccional Atlántico y apelación ante la Gerencia Nacional de atención al Pensionado; sin embargo la demandante no demostró haber ejercido los recursos de ley, principalmente el de apelación que, conforme al marco normativo citado, era de interposición forzosa antes de radicar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, al constituir un requisito de procedibilidad, según el numeral 2º del artículo 161 del CPACA.

Así las cosas, al omitir la demandante el cumplimiento del requisito de procedibilidad previsto en el numeral 2º del artículo 161 del CPACA, no puede esta Sala de Decisión emitir un pronunciamiento de fondo en el

presente asunto, razón por la cual se revocará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, y en su lugar se inhibirá esta Magistratura para ejercer el control judicial deprecado.

6. Condena en Costas.

La Sala de Decisión en virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código de General del Proceso.

En ese orden de ideas, se tiene que el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, además el artículo 47 de la ley 2080 de 202, el cual adicionó el artículo 188 del CPACA, consagra que se dispondrá sobre la condena en costas, cuando se establezca que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal, como ocurre en el presente caso, respecto de la parte demandante; para lo cual se tendrán en cuenta los siguientes factores: i) el trámite de la demanda, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandada.

En ese sentido, se encuentra procedente la condena en costas en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho a favor de la parte demandada, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría General de esta Corporación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI. FALLA

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia apelada de fecha treinta y uno (31) de enero de dos mil diecinueve (2019), proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo de Cartagena, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho ejercido por la señora EDILMA ROSA TORRES

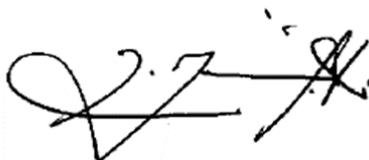
DE ARAGÓN, contra COLPENSIONES; y en su lugar, se **INHIBE** esta Magistratura de ejercer el control judicial del presente asunto, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en Costas a la parte demandante, en los términos de los artículos 365 y 366 del CGP las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS



LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ



ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS



DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN

Con salvamento de voto