



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00308

Cartagena de Indias D.T y C, quince (15) de Enero de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-008-2016-00308-00
Demandante	ALICIA DE LA ESPRIELLA CANO
Demandado	UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL
Tema	PENSIÓN SOBREVIVIENTES
Sentencia no	0001

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por la señora **ALICIA DE LA ESPRIELLA CANO**, a través de apoderado judicial, contra el **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**.

2. ANTECEDENTES

- HECHOS

1. El señor **ESNORALDO LOPEZ ROJAS**, laboró al servicio de la **AERONÁUTICA CIVIL** desde el 26 de febrero de 1980 hasta el 28 de noviembre de 1992, fecha en la cual falleció.
2. El señor **ESNORALDO LOPEZ ROJAS** convivió con la señora **ALICIA DE LA ESPRIELLA CANO** por espacio de aproximadamente 28 años, desde el año de 1964 hasta el día de su muerte, conviviendo de forma pública y permanente, compartiendo lecho y techo.
3. La señora **ALICIA DE LA ESPRIELLA**, solicitó ante **CAJANAL**, en su momento, y la **UGPP**, le fuera reconocida pensión de sobrevivientes, entidades que despacharon desfavorablemente la prestación solicitada.
4. Las entidades accionadas pasan por alto el principio constitucional de favorabilidad, así como la figura de la condición más beneficiosa, al no tener en cuenta el Acuerdo 049 de 1990 el cual se encontraba vigente al momento de la muerte del causante, y aplicable para el caso que nos ocupa; así como tampoco la ley 100 de 1993 la cual pudo aplicarse manera retrospectiva teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha sido reiterativa en sostener ese criterio.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00308

- PRETENSIONES

1-Que se declare la nulidad de la Resolución No. RDP051760 del 4 de Diciembre de 2015, emitido por la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, mediante la cual negó la solicitud de reconocimiento de pensión de sobreviviente elevada a favor de la señora ALICIA DE LA ESPRIELLA CANO.

2-Que como consecuencia de la anterior declaración y título de restablecimiento del derecho, se ordene a la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, reconocer y pagar a favor de la señora ALICIA DE LA ESPRIELLA CANO, la pensión de sobreviviente en su calidad de compañera permanente del finado ESNORALDO LOPEZ ROJAS.

3-Que se condene a la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, a reconocer y pagar a la demandante, las mesadas dejadas de percibir, desde que se le causó el derecho hasta cuando sea efectivamente reconocidos y pagados dichas sumas de dineros, de manera indexada, así como los intereses corrientes que para su momento certifique la Superintendencia Financiera.

4-Ordenar a la demandada, dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

- FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES

Considera el apoderado judicial de la accionante que con la expedición del acto acusado las accionadas ha trasgredido las siguientes normas:

- Artículos 2, 4, 29, 48 y 53 de la Constitución Política
- Ley 100 de 1993
- Artículos 6 y 25 del Acuerdo 049 de 1990
- Artículos 137 y 138 CPACA.

En cuanto al fundamento el apoderado de la accionante, manifiesta:

Con fundamento en el principio de favorabilidad y la figura de la condición más beneficiosa, en el asunto que nos ocupa es plenamente aplicable el Acuerdo 049 de 1990, por cuanto el mismo se encontraba vigente para el momento del fallecimiento del señor ESNORALDO LÓPEZ ROJAS, e igualmente podría aplicarse, de manera retrospectiva, la ley 100 de 1993 conforme lo ha determinado la jurisprudencia; por lo que la demandante tiene derecho al reconocimiento pensional.



900



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00308

- CONTESTACIÓN

UGPP: En el presente asunto se evaluaron las pruebas aportadas a la reclamación de pensión de sobreviviente, y al momento de confrontar la información con los documentos existentes determina esta entidad que las normas aplicables son claras en el presente asunto, entonces la norma aplicable, dada la fecha en que sucedió el deceso del causante, es la ley 12 de 1975, decreto 1848 de 1969, y que estipula los pasos a seguir para el reconocimiento de las pensiones de sobrevivientes, quienes son beneficiarios y la forma de actuar en caso de existir varios beneficiarios. Que así mismo, en cuanto a la petición de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en aplicación a lo normado en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante decreto 758 de 1990, se debe recordar que cada régimen pensional se encuentra definido a cada beneficiario del mismo, siendo de carácter exclusivo la aplicación de dicho acuerdo al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (COLPENSIONES), por lo que a la UGPP no le es posible aplicar regímenes jurídicos dirigidos a un grupo específicos de afiliados.

Fundamentando en lo anterior las excepciones de "INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR", "PRESCRIPCIÓN", "BUENA FE" y "COBRO DE LO NO DEBIDO".

- TRÁMITES PROCESALES

La demanda fue presentada el 19 de diciembre del 2016, admitida mediante auto del 20 de enero de 2017, notificada mediante estado número 006 de este último año.

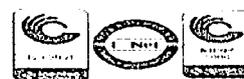
Se procedió a notificar a la parte demandada el día 31 de enero de 2017, dando contestación a la demanda.

Por auto del 28 de junio del 2017, se cita a las partes a audiencia inicial para el 22 de agosto del 2017, llegado el día y la hora se instala la audiencia y se decretan pruebas. (fl. 82).

La audiencia de pruebas se celebró el 10 de octubre del 2017; se cierra el debate probatorio y se corrió traslado a las partes para alegar dentro de los 10 días siguientes. (fl.91)

- ALEGACIONES

DEMANDANTE: Ratifica los supuestos de hecho y de derecho sobre los que se soporta la demanda, manifestando que en el presente asunto con fundamento en el principio de favorabilidad y la condición más beneficiosa, se hace plenamente aplicable el Acuerdo 049 de 1990 o en su defecto la ley 100 de 1993 de manera retrospectiva. por lo que tiene derecho a que el ente demandado le reconozca pensión de sobrevivientes.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00308

UGPP: Reitera las excepciones de "INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR", "PRESCRIPCIÓN", "BUENA FE" y "COBRO DE LO NO DEBIDO", destacando que la norma aplicable, en el asunto que nos ocupa es la ley 12 de 1975, decreto 1848 de 1969, y que en cuanto a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante decreto 758 de 1990, se debe recordar que el mismo se aplica exclusivamente a los afiliados al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (COLPENSIONES).

- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

El trámite procesal se adelantó con observancia de los preceptos de orden constitucional y legal sin que, en la hora actual, se advierta causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado.

4. CONSIDERACIONES

- PROBLEMA JURÍDICO

Se contrae a determinar si la demandante tiene derecho a que la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFICALES – UGPP, le reconozca y pague la pensión de sobreviviente en calidad de compañera permanente del señor ESNORALDO LOPEZ ROJAS (q.e.p.d.), en los términos de la Ley 100 de 1993 y del acuerdo 049 de 1990.

- TESIS DEL DESPACHO

En el expediente no está demostrado que el señor ESNORALDO LÓPEZ ROJAS hubiera estado afiliado al ISS, circunstancia que hace improcedente el reconocimiento pretendido, porque no puede obligarse a CAJANAL a reconocer una prestación que de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, como ya se dijo, sólo es aplicable a los afiliados al instituto, esto es, particulares y servidores vinculados a las entidades públicas que excepcionalmente se afiliaron a dicha entidad, que hubieren causado sus derechos antes del 1º de abril de 1994, o posteriormente por vía de la aplicación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, acogiéndose allí al principio de condición más beneficiosa. En consecuencia a todo lo anterior, es claro que la pretensión de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la señora ALICIA DE LA ESPRIELLA CANO deviene improcedente, de donde debe mantenerse la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, por lo que se negarán las pretensiones de la demanda, y se declarará probada la excepción de "FALTA DE DERECHO PARA PEDIR" propuesta por la parte demandada.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00308

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

En atención a que el apoderado de la parte demandante motiva esencialmente sus pretensiones sobre el principio de FAVORABILIDAD y la figura de la CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA, seguidamente traemos a colación sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, del 15 de febrero de 2011, con radicación No. 40662, Magistrado Ponente: Carlos Ernesto Molina Monsalve, en la cual se precisan las conceptualizaciones y diferencias entre las instituciones arriba referidas, así:

“Los principios de favorabilidad e indubio pro operario difieren de la condición más beneficiosa. El primero se presenta en caso de duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo. Las características primordiales son: (i) la duda surge sobre la aplicación de dos o más normas, entendidas éstas como “un enunciado hipotético al cual se enlaza una determinada consecuencia jurídica”; (ii) las disposiciones deben ser válidas y estar en vigor; (iii) deben regular la misma situación fáctica, y (iv) al emplearse debe respetarse el principio de la inescindibilidad o conglobamento, es decir, la norma escogida no solamente se utiliza íntegramente, sino como un todo, como un cuerpo o conjunto normativo. A contrario sensu, el principio in dubio pro operario, se presenta cuando frente a una misma norma laboral surgen varias interpretaciones sensatas, la cual implica la escogencia del ejercicio hermenéutico que más le favorezca al trabajador. Además, Tiene como particularidades las siguientes: (i) su aplicación se restringe para aquellos eventos en que nazca en el juez una duda en la interpretación, es decir, si para él no existe, así la norma permita otras interpretaciones, no es obligatorio su empleo; (ii) los jueces no están obligados en todos los casos a acoger como correctas las interpretaciones que de las normas propongan las partes, tanto demandante como demandado, y (iii) no se hace extensivo a los casos en que al juzgador pueda surgirle incertidumbre respecto de la valoración de una prueba, esto es, la que resulta de defecto o insuficiencia en la prueba de los hechos, dado que el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social consagra la potestad de los jueces de formar libremente su convencimiento y no los sujeta a una tarifa legal de prueba. Por último, la condición más beneficiosa, se distingue porque: (i) opera en el tránsito legislativo, y ante la ausencia de un régimen de transición; (ii) se debe cotejar una norma derogada con una vigente, y (iii) el destinatario posee una situación jurídica concreta, la cual es protegida, dado que con la nueva ley se le desmejora. (...) la primera, se refiere al conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, la segunda alude a duda en la interpretación de una norma y, la tercera, a la sucesión normativa, que implica la verificación entre una norma derogada y una vigente. (...)”

De otro lado, en cuanto la aplicación preferencial del régimen pensional general respecto a hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, el Consejo de Estado ha determinado lo siguiente:

“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.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00308

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 y noviembre 1º de 2012, 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.”¹

Finalmente, debe advertirse que la aplicación del Acuerdo 049 tiene como premisa que la entidad a cuyo cargo esté el reconocimiento pensional corresponda al ISS, precisamente por tratarse de un reglamento privativo, aplicable a sus afiliados; de ahí que la Corte Suprema de Justicia haya orientado, por ejemplo, que *“resulta impertinente pedirle a la Caja Nacional de Previsión Social que reconozca las prestaciones estatuidas en el Acuerdo 049 de 1990, por cuanto esta disposición es propia de los reglamentos del Instituto de Seguros Sociales.”*²

Bajo estos supuestos resolveremos el caso que nos ocupa.

CASO CONCRETO

Las pruebas allegadas al proceso dan cuenta que la muerte del señor ESNORALDO LÓPEZ ROJAS ocurrió el 28 de noviembre de 1992, esto es, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, razón por la cual, no cabe considerar la aplicación de la regulación que ella contiene en materia de pensión de sobrevivientes, pues la ley que gobierna el reconocimiento de la pensión de beneficiarios es la vigente al momento del fallecimiento del causante y no una posterior.

Por ello, y atendiendo a la condición de servidor público que le asistía al causante, así como que vinculación laboral ocurrió a través de una relación legal y reglamentaria, que la empleadora fue una entidad del orden nacional, y que estuvo afiliado durante determinado lapso de su vida laboral a la Caja Nacional de Previsión Social (CAJANAL), para el Despacho es claro que el ordenamiento que le era aplicable corresponde al contenido en la Ley 12 de 1975.

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. de fecha 25 de abril de 2013. Expediente No. 1605-9. C.P. Luis Rafael Vergara Quintero

² C.S.J., Sala de Casación Laboral, MP. Gabriel Miranda Buevas, sentencia de 21 de junio de 2011, exp. 37.619



202



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00308

De acuerdo con el artículo 1º de esta ley "...**la compañera permanente... de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convenciones colectivas.**"

La Ley 71 de 1988 hizo extensivas las provisiones sobre sustitución pensional de la Ley 12 de 1975, entre otras, y en forma vitalicia, al cónyuge supérstite compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado, bajo ciertas condiciones³.

Finalmente, el Decreto reglamentario 1160 de 1989, reiteró la procedencia de la *sustitución pensional*, así:

"Artículo 5º.- Sustitución pensional. Hay sustitución pensional en los siguientes casos:

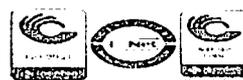
- a) Cuando fallece una persona pensionada o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez;
- b) Cuando fallece un trabajador particular o un empleado o trabajador del sector público después de haber completado el tiempo de servicios requerido por la ley, convenciones o pactos colectivos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación"

Era necesario entonces, conforme a estos ordenamientos, que el causante hubiere cumplido el tiempo de servicios exigido para el reconocimiento de la pensión de jubilación, esto es, 20 años, para que procediera la sustitución en favor de sus beneficiarios; condición que no se satisface en el caso concreto, habida cuenta que el señor LOPEZ ROJAS laboró al servicio de la AERONÁUTICA CIVIL poco más de 12 años.

Así mismo, se ha de resaltar que en el expediente no está demostrado que el señor ESNORALDO LÓPEZ ROJAS hubiera estado afiliado al ISS, circunstancia que hace improcedente el reconocimiento pretendido, porque no puede obligarse a CAJANAL a reconocer una prestación que de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, como ya se dijo, sólo es aplicable a los afiliados al instituto, esto es, particulares y servidores vinculados a las entidades públicas que excepcionalmente se afiliaron a dicha entidad, que hubieren causado sus derechos antes del 1º de abril de 1994, o posteriormente por vía de la aplicación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, acogiéndose allí al principio de condición más beneficiosa.

³ "Artículo 3. Extiéndase las provisiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, de la Ley 12 de 1975, de la Ley 44 de 1980 y de la Ley 113 de 1985 en forma vitalicia, al cónyuge supérstite compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado, en las condiciones que a continuación se establecen:

- 1. El cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente, tendrán derecho a recibir en concurrencia con los hijos menores o inválidos por mitades la sustitución de la respectiva pensión con derecho a acrecer cuando uno de los dos órdenes tengan extinguido su derecho. De igual manera respecto de los hijos entre si.
- 2. Si no hubiere cónyuge o compañero o compañera permanente, la sustitución de la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores o inválidos por partes iguales.
- 3. Si no hubiere cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, la sustitución de la pensión corresponderá a los padres.
- 4. Si no hubiere cónyuge supérstite, compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, ni padres, la sustitución de la pensión corresponderá a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante."





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00308

Como se explicó en esta sentencia, el Consejo de Estado ha aceptado que para el reconocimiento de prestaciones del Acuerdo 049 de 1990, el ISS pueda por ejemplo tomar en cuenta periodos de afiliación a cajas de previsión sujetas al régimen general (Leyes 6 de 1945, 33/95, 12 de 1975, D. 116° de 1968 etc.), para acumular tiempos que permitan cumplir los requisitos del acuerdo, pero también en tales hipótesis se parte de que es el instituto es la entidad encargada de reconocer y pagar la prestación y que el servidor tuvo o tiene la condición de afiliado al mismo.

En cambio, no cabe la posibilidad de una entidad distinta del ISS reconozca pretensiones del acuerdo si el mismo es privativo de los afiliados a éste; de ahí que la Corte Suprema de Justicia haya sostenido –se repite– que *“resulta impertinente pedirle a la Caja Nacional de Previsión Social que reconozca las prestaciones estatuidas en el Acuerdo 049 de 1990, por cuanto esta disposición es propia de los reglamentos del Instituto de Seguros Sociales.”*⁴

En conclusión, la demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes regulada en el Acuerdo 049 de 1999, porque, bajo el criterio del principio de favorabilidad, no es posible atribuir una carga prestacional a CAJANAL EICE que, de acuerdo con lo que se ha explicado, es de resorte exclusivo del ISS respecto de sus afiliados.

En consecuencia a todo lo anterior, es claro que la pretensión de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la señora ALICIA DE LA ESPRIELLA CANO deviene improcedente, de donde debe mantenerse la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, pues se materializa la excepción de “FALTA DE DERECHO PARA PEDIR”, propuesta por la entidad demandada.

COSTAS

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 registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso.

Ahora, para que proceda la condena en costas a la parte vencida en un proceso, se debe tener en cuenta que solo hay lugar a ella cuando en el expediente aparezca que se causaron y están sujetas a demostración efectiva Así lo dispone el numeral 8 de la norma citada:

“.....

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”

⁴ C.S.J., Sala de Casación Laboral, MP. Gabriel Miranda Buelvas, sentencia de 21 de junio de 2011, exp. 37.619



203



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00308

En el presente caso el Despacho estima que no es procedente la condena en costas a la parte demandada, por cuanto la finalidad de las mismas es retribuir a la contraparte los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual no se cumple en este caso porque no se observa que se haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena de Indias, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

5. FALLA

PRIMERO- Declarar probada la excepción denominada "FALTA DE DERECHO PARA PEDIR", conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO- En consecuencia a lo señalado en el ordinal anterior, **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

TERCERO- Sin costas.

CUARTO- Una vez en firme ésta sentencia, devuélvase a la parte el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMÍGUEZ
Juez

