



Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, trece (13) de septiembre del dos mil diecinueve (2019)

Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: ANA DILIA GAITÁN de BETANCOURT
Demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA
Radicado 73001-33-33-010-2018-00291-00
Asunto: Principio de favorabilidad - pensión de sobreviviente
Sentencia: 00114

1. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal y de conformidad con lo establecido en los artículos 179 y 187 del C.P.A.C.A., se procede a dictar sentencia en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora **ANA DILIA GAITÁN de BETANCOURT** en contra del **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES PRETENSIONES**

1.1 Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No **857 del 20 de febrero de 2018** expedido por la directora del fondo territorial de pensiones públicas del Departamento del Tolima, mediante el cual se negó la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la señora **Ana Dilia Gaitán de Betancourt**.

1.2 Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene al fondo territorial de pensiones públicas del Departamento del Tolima a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a la señora Ana Dilia Gaitán de Betancourt dando aplicación al decreto 758 de 1990- Acuerdo 049 de 1990 desde el 3 de diciembre del 2003.

1.3 Se condene a la entidad demandada a indexar la pensión de sobrevivientes desde el 12 de diciembre de 1988

1.4 Se condene a la entidad accionada en costas y agencias de derecho.

2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, la apoderada de la parte accionante expuso los siguientes hechos:

2.1 Que el señor **Manuel Teodoro Betancourt Ospina** y la señora **Ana Dilia Gaitán** contrajeron matrimonio católico el 27 de octubre de 1973.

2.2 Que el señor **Betancourt Ospina** laboró como administrador de la granja de Prado – secretaría de desarrollo categoría II grado 013 desde el 2 de agosto de 1977 al 12 de diciembre de 1988 y como práctico agropecuario de la secretaría de agricultura categoría III grado 004 del 14 de marzo de 1991 al 22 de julio de 1992 y afiliado a la Caja de previsión social del Departamento del Tolima.

2.3 Que el señor Betancourt Ospina falleció el 6 de diciembre del 2003 en la ciudad de Villavicencio Meta.

2.4 Que el 28 de enero del 2009 la accionante solicitó la indemnización sustitutiva de las cotizaciones del señor **Betancourt Ospina** por el tiempo comprendido entre el 2 de agosto de 1977 al 12 de diciembre de 1988.

2.5 Que mediante resolución No **1012 del 17 de junio del 2011** la accionada reconoció y ordenó el pago de la indemnización sustitutiva a la accionante.

2.6 Que el 16 de febrero del 2018 la señora **Ana Dilia Gaitán de Betancourt** solicitó al Fondo territorial de pensiones públicas del Departamento del Tolima el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en razón al deceso del señor **Manuel Teodoro Betancourt Ospina** según los requisitos establecidos en el **decreto 758 del 1 de febrero de 1990** y **Acuerdo 049 de 1990** de tener 300 semanas cotizadas por el occiso al momento del deceso

Con oficio No **857 del 20 de febrero de 2018**, la accionada negó la petición en razón a que el decreto citado como fundamento de la petición es una norma reglamentaria del Instituto de Seguros Sociales no aplicables a las personas que cotizaban a la Caja de Previsión Social del Departamento, puesto que la normatividad aplicable es la establecida en la Ley 33 de 1985 que exigía acreditar 20 años de servicios

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La apoderada del Departamento del Tolima, dentro de la oportunidad legal contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones planteadas por la parte actora (fl 42 – 50) por considerar que carecen de fundamento de hecho y de derecho y no se le ha cercenado, desconocido ni vulnerado derecho alguno.

Expone que respecto de la pensión de sobrevivientes el Consejo de Estado ha pronunciado indicando que la norma a aplicar para su reconocimiento es la que se encuentre vigente a la fecha de fallecimiento del causante.

Agrega que la demandante en el caso bajo estudio pretende que se le de aplicación al principio de favorabilidad de la ley y se tenga en cuenta una norma que no se encontraba vigente al momento del fallecimiento del causante, pero esta situación no puede ser absoluta y que por el simple hecho de invocar el artículo 53 de la Constitución política los órganos judiciales les concedan a las pretensiones a los demandantes, puesto que no puede irrespetarse otros principios tales como la no retrospectividad de ley, principio general y fundamental del ordenamiento jurídico.

Que el Consejo de Estado respecto del principio de favorabilidad ha señalado que no solo se aplica cuando hay conflicto entre dos normas sino también cuando una norma permite varias interpretaciones, situación que no se aplica en el presente caso, puesto que no existe duda de la norma aplicable ni la misma permite varias interpretaciones puesto que el causante falleció el día 6 de diciembre del 2003 en vigencia de la ley 797 del 2003, por lo tanto, solicitó se despachen desfavorablemente las pretensiones, en razón a que a la demandante no le asiste derecho a la pensión de sobreviviente en aplicación de la normatividad que invoca como principio de favorabilidad.

Propuso las excepciones que denominó: *“1.Imposibilidad de reconocimiento de la prestación por no retroactividad de la ley. 2. Cobro de lo no debido frente al departamento del Tolima.*

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte actora acoge todas las pretensiones de la demanda referentes a la pensión de sobreviviente de la señora Ana Dilia Gaitán que se encuentra en una situación económica difícil, e indica que los fundamentos son los jurídicos constitucionales que tienen que ver con la condición más beneficiosa contenida en el principio de favorabilidad que abarca y cubre la condición más beneficiosa de lo que le corresponde a una persona y no hay ninguna incompatibilidad de acuerdo a la sentencia T-861 del 2014 en el hecho de recibir una indemnización sustitutiva de vejez no supone renuncia al amparo de invalidez y vejez y la norma Constitucional artículo 53 consagra ese derecho y se extiende a las normas internacionales en lo que tiene que ver con los derechos humanos y los derechos fundamentales, que es lo que la demandante busca la protección como cónyuge sobreviviente.

Nos enfocamos en el decreto 758 y el acuerdo 049 de 1990, porque están las 300 semanas, está el requisito efectivo para que Ella pueda reclamar y con el respaldo de la jurisprudencia en el que hay que abarcar el alcance de la condición más beneficiosa a pesar de haber una condición en lo que tiene que ver con el tiempo y con el espacio las altas cortes ya se han pronunciado sobre el tema de la condición más beneficiosa o principio de favorabilidad, independientemente de las circunstancias taxativas de la misma ley, en razón a ello se ha desarrollado la interpretación de la ley para buscar el beneficio de la accionante con la pensión de sobreviviente .

Solicitó al despacho se aplique el decreto 758 y el acuerdo 049 de 1990, desde el 6 de diciembre del 2003 y se ajuste la pensión desde diciembre de 1998 y se ordene el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la accionante, de acuerdo con los fundamentos facticos, constitucionales, legales y la jurisprudencia que se soportaron en la demanda y se dé la nulidad del acto administrativo 857 del 2018.

4.2 parte demandada.

La apoderada de la entidad demandada se ratifica en los hechos y fundamentos contenidos en la contestación de la demanda conforme a la fijación del litigio, se tiene

que el señor Betancourt falleció en el 2003 fecha en que ya estaba en vigencia la ley 797 del 2003 que modificó el artículo 46 de la ley 100 de 1993.

El señor solamente cotizó desde el 2 de agosto del 1977 al 12 de diciembre del 1988 es decir un tiempo mínimo y al momento del fallecimiento no había cotizado 50 semanas dentro de los 3 años anteriores, que la ley 797 establece una serie de condiciones el señor aplicaría para el artículo 2 porque el señor tenía la calidad de afiliado mas no la de pensionado y el parágrafo primero del mismo artículo establece que si el afiliado no hubiera recibido indemnización sustitutiva podría solicitar la pensión de sobreviviente.

En el caso bajo estudio la accionante solicito la indemnización sustitutiva, la cual le fue concedida en el 2011 y en aplicación de ese parágrafo se le finiquita la posibilidad de la pensión de sobreviviente al hacer uso de la indemnización sustitutiva y se debe tener en cuenta que la norma aplicable es la vigente al momento del fallecimiento del señor ocurrida en el 2003 en vigencia de la ley 797 y en ese orden de ideas las pretensiones están condenadas al fracaso y no procede la pensión de sobreviviente como quiera que ya hubo un beneficio para la señora por parte del sistema y solicitó al señor Juez se denieguen las pretensiones de la demanda.

4.3 Concepto Ministerio Público.

El Agente del Ministerio Público expresó que observado el acervo probatorio existente en el referido expediente considera que no le asiste razón a la señora demandante para que se le reconozca y pague la pensión de sobreviviente por cuanto el acuerdo 049 de 1990 y el decreto 758 de 1990 no le era aplicable, sino que le es aplicable la Ley 797 del 2003 por tanto el acto administrativo demandado se encuentra ajustado a derecho y se deben negar las pretensiones.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

5. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

5.3. TESIS DE LAS PARTES

5.3.1 Tesis de la parte accionante

Considera que debe accederse a las pretensiones de la demanda porque la demandante cumple con todos los fundamentos jurídicos que establecen la Constitución y la ley para la protección de los derechos fundamentales y los fundamentos respecto del principio de favorabilidad y para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la accionante, se debe aplicar lo establecido en el decreto 758 de 1990 y el acuerdo 049 de 1990 por ser la condición más beneficiosa

5.3.2 Tesis parte accionada

Argumenta que deben ser negadas las pretensiones de la demanda porque a la accionante le fue reconocida la indemnización sustitutiva y en aplicación del parágrafo del artículo 2 ley 797 del 2003 y al hacer uso de ella, eso finiquita la posibilidad de que

se le reconozca la pensión de sobrevivientes y además porque invocando el principio de favorabilidad pretende la aplicación de una norma que no se encontraba vigente al momento del fallecimiento del causante en irrespeto de otras normas como la no retrospectividad de ley, principio general y fundamental del ordenamiento jurídico.

5.3.3. Tesis del Ministerio Público

El Agente del Ministerio Público en su concepto consideró que no le asiste razón a la accionante para que se les reconozca la pensión de sobreviviente porque no le es aplicable el decreto 758 de 1990-acuerdo 049 de 1990 y si la ley 797 del 2003.

5.4. De las excepciones

Antes de entrar en el fondo principal de la controversia en el proceso, nos referiremos sobre las excepciones formuladas. **El Departamento del Tolima** propuso las excepciones de: 1. *Imposibilidad de reconocimiento de la prestación por no retroactividad de la ley*. 2. *Cobro de lo no debido frente al departamento del Tolima*, al no ser hechos nuevos sino argumentos de la defensa, serán objeto de estudio con el fondo del asunto.

6. Problema Jurídico

Procede el despacho a determinar si, ¿la accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente establecida en el decreto 758 del 1 de febrero de 1990 que aprobó el acuerdo 049 de 1990 en aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral, o en su defecto declarar, que el acto administrativo demandado se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico?

6.1. Tesis del despacho

Deberán negarse las pretensiones de la demanda en razón a que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa ha señalado que la norma aplicable respecto del reconocimiento de la pensión de sobreviviente es la vigente al momento del fallecimiento del causante

6.2 De la sustitución pensional

La sustitución pensional es una institución jurídica encaminada a la protección de la familia, frente a la situación de vulnerabilidad económica que posiblemente puedan enfrentar los beneficiarios del empleado pensionado ante su fallecimiento. Este amparo garantiza su subsistencia a través del reconocimiento de la mesada pensional, previo cumplimiento de los requisitos establecidos para tal fin.

En materia de sustitución pensional los artículos 36 y 39 del Decreto 3135 de 1968, así como 80 y 92 del Decreto 1848 de 1969, consagraron la posibilidad de transmitir el derecho a favor de los beneficiarios del pensionado empleado público en caso de que fallezca o cuando muere con derecho a pensión sin que se hay efectuado el reconocimiento.

Las mencionadas normas disponen:

“(…) Decreto 3135 de 1968.

Artículo 39. Sustitución de Pensión. Fallecido un empleado público o trabajador oficial en goce de pensión 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. Decreto Reglamentario 1848 de 1969.

(…)

Artículo 92. Transmisión de la Pensión. Cuando fallezca el pensionado por invalidez, jubilación o retiro por vejez, su cónyuge y sus hijos menores de dieciocho (18) años o incapacitados para trabajar por razón de estudios o por invalidez, que dependieren económicamente del causante, tendrán derecho a percibir la respectiva pensión durante los dos (2) años subsiguientes al fallecimiento del pensionado.

(…)”

El decreto 758 de 1990 mediante el cual se aprobó el acuerdo 049 de 1990 y se establece el reglamento general del Seguro Social obligatorio de invalidez, vejez y muerte señaló;

ARTÍCULO 60. REQUISITOS DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:

(…)

*b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o **trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.***

(…)

ARTÍCULO 25. PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES POR MUERTE POR RIESGO COMÚN. Cuando la muerte del asegurado sea de origen no profesional, habrá derecho a pensión de sobrevivientes en los siguientes casos:

*a) Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la **pensión de invalidez por riesgo común (negrilla fuera de texto)***

(..)

ARTÍCULO 27. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES POR MUERTE POR RIESGO COMÚN. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por riesgo común, los siguientes derechos habientes:

1. En forma vitalicia, el cónyuge sobreviviente y, a falta de éste, el compañero o la compañera permanente del asegurado.

En la Ley 100 de 1993 la pensión de sobreviviente se encuentra contenida en los artículos 46 a 49 y 73 a 78 de la norma de seguridad social integral.

Artículo. 46.- Modificado por el art. 12, Ley 797 de 2003 Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte, y

b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

El anterior artículo fue modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003¹, determinó que los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca tendrán derecho al reconocimiento de la misma en los siguientes casos:

Artículo 12. El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. 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 al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:

PARÁGRAFO 1o. *Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, **sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez** o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.*

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.

Además, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, sobre los beneficiarios de la pensión de sobreviviente dispone:

“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. 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 cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

(...)

c) 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, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;” (Resaltado fuera de texto)

¹ “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.”

Conforme a la anterior disposición pueden acceder a la pensión en calidad de beneficiarios el cónyuge o la compañera o compañero permanente sobreviviente, los hijos: i) menores de 18 años hasta la mayoría de edad, ii) mayores de edad hasta los 25 años siempre y cuando se encuentran imposibilitados para trabajar por encontrarse estudiando y los ii) inválidos, mientras subsistan las circunstancias que dieron origen a dicha invalidez, estos dos últimos deberán demostrar la dependencia económica respecto del causante.

Respecto de las pensiones de vejez en general y la de sobrevivientes en particular el acto legislativo 001 del 2005 estableció:

Artículo 10. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

"El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas".

"Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho".

*"Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. **Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones**".*

"En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos".

"Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido".

(...)

"Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión".

"A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo".

7. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta lo anterior, procede el despacho a determinar si en el caso sub-júdice la accionante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente

7.1 HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1. Que el señor Manuel Teodoro Ospina Betancourt laboró como empleado público en la secretaria de desarrollo departamental del 2 de agosto de 1977 al 12 de diciembre de 1988 y en la secretaria de agricultura del 14 de marzo de 1991 al 22 de julio de 1992	Documental: Certificado de tiempo de servicio expedido por la dirección de gestión documental y apoyo logístico Gobernación del Tolima (fl 60)
2. Que el señor Manuel Teodoro Betancourt Ospina y la señora Ana Dilia Gaitán contrajeron matrimonio católico el 27 de octubre de 1973	Documental: Copia registro civil de matrimonio No 1652229 (fl 26)
3. Que el señor Ospina Betancourt falleció en la ciudad de Villavicencio el 6 de diciembre del 2003.	Documental: Copia registro civil de defunción serial 4791854 (fl 27)
4. Que la señora Gaitán de Betancourt solicitó a la accionada la indemnización sustitutiva de las cotizaciones del señor Betancourt Ospina por el tiempo comprendido del 2 de agosto de 1977 al 12 de diciembre de 1988	Documental: Extraído de la resolución No 0271 del 24 de febrero del 2009 (fl 30 – 33)
5. La accionada reconoció y ordenó pagar la indemnización sustitutiva a la señora Gaitán de Betancourt	Documental: copia resolución No 1012 del 17 de junio del 2011(fl 39 - 41)
6 Que la señora Gaitán de Betancourt solicitó a la accionada el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente	Documental: Copia solicitud del 16 de febrero del 2018 radicado No 7051 (fl 14 - 18)
7. Que la accionada negó la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la hoy accionante	Documental: copia oficio No 857 del 20 de febrero de 2018 (fl 13)

Se tiene que el occiso señor **Manuel Teodoro Betancourt Ospina** laboró como empleado público en la secretaria de desarrollo del Tolima del 2 de agosto de 1977 al 12 de diciembre de 1988 y en la secretaria de agricultura del Tolima del 14 de marzo de 1991 al 22 de julio de 1992 para un tiempo total de 11 años 4 meses y 11 días, o sea 4091 días correspondientes a 584 semanas cotizadas a la Caja de Previsión Social del Departamento del Tolima.

Que en el expediente no obra prueba que indique que en los últimos tres (3) años de vida comprendidos entre el 7 de diciembre del 2000 y el 6 de diciembre del 2003 fecha de su fallecimiento el señor **Betancourt Ospina** hubiese realizando aportes por la cantidad mínima de cincuenta (50) semanas al Sistema General de Pensiones, en cumplimiento con los requisitos establecidos en el numeral 2 del artículo 12 Ley 797 del 2003.

Así mismo no se evidencia que el occiso hubiese cotizado un mínimo de veintiséis (26) semanas durante el año inmediatamente anterior a su fallecimiento, en cumplimiento del ordinal b numeral 2 articulo 46 ley 100 de 1993.

La señora **Ana Dilia Gaitán de Betancourt** en calidad de cónyuge solicitó el pago de la indemnización sustitutiva al ente territorial y Fondo Territorial de Pensiones del Departamento del Tolima realizó el reconocimiento y pago de la indemnización solicitada.

Además, a señora **Gaitán de Betancourt** solicitó al Fondo Territorial de Pensiones el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la que considera tiene derecho acreditando con documentales la calidad de conyugue por haber contraído matrimonio católico con el occiso, con fundamento en el decreto 758 de 1990 en virtud del principio de la condición más beneficiosa en materia laboral.

La petición fue negada por la entidad pública en razón a que la norma mediante la cual ampara su petición es una norma aplicable personas cotizantes al Instituto de Seguros Sociales y por ende no aplicables a las personas que cotizaban a las cajas de previsión y además la peticionaria recibió la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Respecto del citado decreto y con el objeto de tomar una decisión de fondo el despacho hará las siguientes consideraciones:

1. Frente a la prestación económica denominada “pensión de sobrevivientes”, ha dicho la Corte Constitucional, que tiene por objeto garantizar una renta periódica a los miembros del grupo familiar de quien dependían económicamente, como consecuencia de su muerte y de haber realizado, en vida, cotizaciones al sistema de seguridad social. Su finalidad es no dejar en una situación de desprotección o de abandono a los beneficiarios del afiliado o pensionado que fallece².

Sin embargo para el reconocimiento de la prestación la normatividad ha señalado unos requisitos que son de obligatorio cumplimiento para las personas que consideran tener el derecho legal a obtener ese beneficio y sin los cuales las entidades encargadas de los diferentes regímenes pensionales están abocadas a negar la prestación.

2. El artículo 1 del decreto 758 de 1990 cita textualmente “*aprúebese el acuerdo 049 de 1990 “por el cual se expide el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte”* de su lectura se puede colegir que el Presidente de la República en uso de las facultades legales y constitucionales expidió una norma dirigida a cierto segmento de la población laboral que realizaba sus aportes a una entidad pública (ISS) y en aplicación de la facultad discrecional del legislador secundario excluyó de la aplicación de la norma proferida al otro segmento de población aportante a las Cajas de Previsión Social de los entes territoriales.

La accionante pretende que el despacho declare a su favor el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente señalada en uno de los artículos del decreto 758 de 1990 en aplicación del principio de favorabilidad constitucional o de la condición más beneficiosa en materia laboral desechando de tajo el principio de inescindibilidad de la ley hecho que no es de recibo para este despacho judicial, al considerar que, el texto de la norma idónea escogida para la resolución del litigio puesto para su estudio, se debe aplicar su totalidad y en forma integral en cumplimiento de los fines superiores de la administración de justicia.

3. El acto legislativo 001 del 2005 estableció una expresa prohibición de reconocimiento de pensiones de sobrevivientes basadas en normas diferentes al Sistema General de Pensiones al indicar que “**Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una**

² Corte constitucional sentencia No SU-005 de 2018

pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones” y en consecuencia se hace menester traer a colación las voces de la honorable Corte Constitucional respecto a la finalidad a los cambios legislativos en el sistema general de pensiones ³:

“167. El Acto Legislativo 01 de 2005 introdujo una regla a partir de la cual los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de sobrevivientes son los dispuestos en las leyes del Sistema General de Pensiones, esto es, el sistema reglado entre otras, por la Ley 100 de 1993 y modificado por la Ley 797 de 2003. Esto significa que la propia norma constitucional impide la aplicación ultractiva de regímenes de pensiones de sobrevivientes anteriores a la Ley 100 de 1993.

168. Una de las principales razones por las cuales se introdujo esta reforma constitucional fue garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, dada la multiplicidad de regímenes pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993 cuya aplicación aun perduraba y afectaba financieramente al sistema vigente.

169. De conformidad con las diferentes modificaciones normativas que sobre la forma de acceso a la pensión de sobrevivientes se han dado, las condiciones en que se hacía exigible en vigencia del Acuerdo 049 de 1990 no garantizan su financiación hoy. En la actualidad, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la financiación de una pensión de sobreviviente, a diferencia de la pensión de vejez que corresponde a una cotización individual con efectos individuales o colectivos⁹⁸, es consecuencia del aseguramiento del riesgo de muerte de uno de los afiliados o pensionados⁹⁹, sujeta, entonces, al pago de la prima respectiva.

170. Hoy, la causación de la pensión de sobrevivientes, de conformidad con los cambios que, a lo largo de los años, ha realizado el Legislador, no es consecuencia del número de semanas cotizadas, como acaecía en vigencia del Acuerdo 049 de 1990. Esta fuente de financiación fue modificada, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por una fuente basada en el aseguramiento. En efecto, en la actualidad, para garantizar el principio de solidaridad y asegurar el pago de la pensión de sobrevivientes, se exige el mantenimiento de los aportes por un periodo razonable antes de la muerte, que permita financiar el pago de la prima que asegura el riesgo de muerte, y en el que, además, se evidencia la permanencia del cotizante en el sistema.

171. La finalidad de las modificaciones normativas que se introdujeron con las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, consistentes en exigir que el cotizante hubiere estado afiliado y cotizando un número mínimo de semanas en los años anteriores al fallecimiento, pretendió hacer compatibles los principios de sostenibilidad, equidad y solidaridad del Sistema de Seguridad Social en Pensiones. De esta forma se buscó garantizar que no cualquier aporte, a lo largo de los distintos años de cotización del afiliado fuera relevante, sino aquellos que fueran causa directa de su labor, en un periodo razonable anterior a la muerte.

*172. El financiamiento de las pensiones de sobreviviente en vigencia del Acuerdo 049 de 1990 era dependiente de la estructura financiera que este contemplaba. En la actualidad, en caso de darse aplicación a tales disposiciones no existiría una fuente financiera para su pago. Por tanto, de ordenarse este, debiera ser asumido como un nuevo gasto no presupuestado, pues no formaba parte de la estructura financiera actual del Sistema de Seguridad Social. **El impacto fiscal de una medida que no limita estas reclamaciones en el tiempo, sino que las deje subsistir de manera indefinida es insostenible, en la medida en que, al***

³ Corte constitucional sentencia No SU-005 de 2018

suponer nuevas erogaciones, no es posible determinar, a ciencia cierta, el número de personas que pudieran reclamar, ad finitum, la aplicación de una normativa derogada hace más de dos décadas y cuyo fundamento es una mera expectativa. Negrilla fuera de texto.

4. La accionante solicitó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de las cotizaciones efectuadas por el causante durante la relación laboral obteniendo su pago por la entidad territorial.

Es necesario resaltar que a solicitud de pago de la indemnización sustitutiva es un acto soberano, del fuero interno de la persona que considera que el retiro de sus aportes es más importante o benéfico para su estabilidad económica o que por efectos de la edad o enfermedad le es imposible continuar realizando sus aportes para lograr consolidar los requisitos mínimos necesarios para obtener una prestación económica y el sustento para sí mismo o su familia en la vejez.

También es del libre albedrío del individuo no cotizante que por razón del deceso del afiliado aportante se ve abocado a solicitar el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva por considerar ser la mejor opción, sin tener en cuenta que el recibo de esa prestación la excluye legalmente de la posibilidad de acceder a la pensión de sobreviviente, como sucede en el presente proceso

5. Así mismo y de conformidad con lo previsto en el literal d) del artículo 2º del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, están excluidos del Seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, entre otras, las personas que *“hubieren recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o de invalidez por riesgo común”*, por lo tanto, es claro que la norma que niega en forma taxativa la pensión de vejez al afiliado que recibió la indemnización sustitutiva tiene su razón de ser, porque si no tiene el derecho de reconocimiento para sí mismo a la prestación social mucho menos tendrá la potestad de transferir un derecho a causa de su fallecimiento.

6. El régimen pensional establecido en el decreto 758 de 1990 fue derogado tácitamente por las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003 y en forma expresa por el acto legislativo 001 del 2005 que estableció:

"A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo".

7. Ahora bien, en cuanto al principio de Favorabilidad, en los asuntos pensionales, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo ha señalado:

“72. El principio de favorabilidad es una de las expresiones del principio protector, como se dijo en precedencia, y uno de los principios mínimos fundamentales del trabajo consagrado en la Constitución Política.

73. En la jurisprudencia constitucional, el aludido principio ha sido utilizado como criterio de interpretación para determinar el compendio normativo o el sentido de una regla jurídica que debe cobijar una situación particular frente a una determinada prestación.

74. En lo que es relevante para el asunto bajo examen, el principio de **favorabilidad** se utiliza en las situaciones en las que se presenta duda sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto concreto. La existencia de este conflicto se da cuando dos o más textos legislativos que se encuentran vigentes al momento de causarse el derecho que se reclama, son aplicables para su solución. En virtud del principio de favorabilidad se debe escoger, en su integridad, el texto normativo que le represente mayor provecho al trabajador, afiliado o beneficiario del Sistema de Seguridad Social, estando proscrita la posibilidad de aplicar parcialmente uno y otro texto para elegir de cada uno lo que resulta más beneficioso, condición que se conoce como el principio de inescindibilidad o conglobamento⁴.

75. No está de más aclarar que de la aplicación del principio de favorabilidad se derivó la prohibición de menoscabar los derechos de los trabajadores, el cual jurisprudencialmente se denominó: «La salvaguarda de las expectativas legítimas mediante la aplicación del criterio de la condición más beneficiosa al trabajador».

76. De acuerdo con lo expuesto en precedencia, es plausible concluir que, para la aplicación de este principio, es necesario que se cumplan las siguientes condiciones:

- **La existencia de varias fuentes formales de derecho que regulen la misma situación fáctica.**
- Que dichas fuentes se encuentren vigentes al momento de causarse el derecho.**
- Que exista duda sobre cuál de ellas se debe aplicar.**
- La fuente formal elegida debe aplicarse en su integridad

77. Igualmente, puede aplicarse este principio cuando una norma admite más de una interpretación, caso en el cual siempre habrá de escogerse aquella que es más favorable al trabajador.⁵ **(Negrillas fuera de texto)**

Teniendo en cuenta lo anterior y realizado un juicio análisis de las pruebas y valoradas en su conjunto es claro para el despacho que la norma sobre la cual se soporta el pedimento de las pretensiones, no es aplicable a la situación fáctica sometida a estudio, que igualmente se encuentra legalmente derogada, que la ley excluye de la posibilidad de acceder a la pensión de sobreviviente por no cumplir con los requisitos exigidos al momento del deceso del causante, e igualmente por haber recibido la indemnización sustitutiva, en ese orden de ideas se negaran las pretensiones de la demanda.

10. COSTAS

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

⁴ Entre otras, ver sentencias de la Corte Constitucional T-001 de 1999, T-290 de 2005, T-599 de 2011, T- 350 de 2012, T-831 de 2014.

⁵ Consejo de Estado 25000-23-42-000-2013-02235-01(2602-16)CE-SUJ2-016-19

Ahora bien, el artículo 365 del C. G. P dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

En el presente caso se observa que las pretensiones de la demanda fueron despachadas desfavorablemente, razón por la cual de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto del 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo de la parte actora en la suma de equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente (1 SMLMV) al momento de la ejecutoria de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas a la parte accionante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del C.G.P, para lo cual se fija la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente (1 SMLMV) al momento de la ejecutoria de esta providencia, como agencias del derecho.

TERCERO: Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme el artículo 203 del C.P.A.C.A.

CUARTO: Líquidense los gastos del proceso, si hubiere remanentes devuélvanse a la parte demandante.

QUINTO: Una vez en firme, archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS MANUEL GUZMÁN

Juez

(ORIGINAL FIRMADO)