



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA

Magistrada: LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO

Arauca, Arauca, veintiséis (26) de abril de dos mil diecinueve (2019).

Proceso : 23001-3331-005-2015-00178-01
Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho (Laboral)
Demandante : ALFA MARIA ESTRADA DE LAGARES en nombre propio y en representación de su hija DANIELA LAGARES ESTRADA
Demandado : Instituto de Seguro Social "ISS" – hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES"
Tema : Reconocimiento pensión de Sobrevivientes
Decisión : Se modifica la decisión

Procede esta Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo (2°) Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Montería, el día 30 de abril de 2015, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda. Lo anterior, en cumplimiento del Acuerdo No.PSAA18-11134 de fecha 31 de octubre de 2018, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que remitió a este Tribunal, procesos del sistema escritural que se encontraran para sentencia en el Tribunal Administrativo de Córdoba.

1. ANTECEDENTES

1.1. Demanda

ALFA MARIA ESTRADA DE LAGARES en nombre propio y en representación de su hija DANIELA LAGARES ESTRADA¹ instauraron demanda en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, contra los siguientes actos administrativos: Resolución No. 012771 de fecha 26 de junio de 2009 "Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en el Sistema de Seguridad Social en Pensiones – Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida", proferido por el Instituto de Seguro Social "ISS"; oficio de fecha 5 de octubre de 2010, proferido por el Gerente de la Empresa de Servicios Públicos del Municipio de San Antero "ACUESTAN" E.S.P.; y el acto ficto o presunto, generado por la no respuesta al derecho de petición de fecha 7 de septiembre de 2010.

1.2. Pretensiones y condenas²

La parte demandante las solicitó de la siguiente manera:

"Teniendo como fundamento los hechos anteriores, las normas jurídicas invocadas, solicito al señor juez, que previo el reconocimiento de mi personería

¹ En adelante parte demandante

² Folios 3 a 4; 78 del expediente.

Radicación: 23001-3331-005-2015-00178-01

Demandante: ALFA MARIA ESTRADA DE LAGARES en nombre propio y en representación de su hija DANIELA LAGARES ESTRADA

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"– hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES"

para actuar como apoderado de la parte demandante y producido los tramites de una Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho DECLARE Y CONDENE:

- 1. Se aplique a favor de mi mandante el principio de favorabilidad en cuanto a la declaración de derechos a su favor, es decir, se le concedan los derechos más beneficiosos.*
- 2. Declarar la nulidad absoluta del acto administrativo de fecha 26 de junio del 2009 proferido por el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL mediante el cual se negó el reconocimiento de los derechos reclamados, del acto administrativo de fecha 5 de octubre del año 2010 proferido por el gerente de (SIC) EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE LOS SERVICIOS PUBLICOS DEL MUNICIPIO DE SAN ANTERO ACUESAN E.S.P., mediante el cual se negó el reconocimiento de los derechos reclamados, del acto administrativo ficto o presunto expedido por el MUNICIPIO DE SAN ANTERO CORDOBA, ocasionado por el silencio administrativo negativo contra la petición de fecha 7 de septiembre del 2010 y, mediante el cual se niega la existencia de la relación laboral, y por ende el reconocimiento y pago de los aportes por concepto de pensión oficio que fue recibido y firmado por los funcionarios de la oficina de archivo y correspondencia del municipio de San Antero – Córdoba.*

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho:

PRIMERO: SE CONDENE al INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL Y/O EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS ACUESAN E.S.P. AL MUNICIPIO DE SAN ANTERO a reconocer y pagar pensión de jubilación al señor DILSON FRANCISCO LAGARES MARTINEZ (q,e,d,p) (SIC) por haber éste reunidos los requisitos de 20 años de servicio y 55 años de edad habilitados por la ocurrencia de la muerte, a partir del día 28 de septiembre del año 2002, pensión que deberá ser sustituida a favor de sus beneficiarios ALFA MARIA ESTRADA DE LAGARES, como cónyuge sobreviviente y su hija menor DANIELA LAGARES ESTRADA en proporción del 50% para cada beneficiario, con mejor derecho.

SEGUNDO: OUE SE CONDENE a la Empresa Industrial y Comercial de los Servicios Públicos del Municipio de San Antero ACUESAN E.S.P. adscrita a la Alcaldía Municipal de San Antero Córdoba y/c el MUNICIPIO DE SAN ANTERO CORDOBA, a reconocer y pagar EL BONO PENSIONAL, ocasionado por las semanas dejadas de cotizar durante el tiempo en que duró la relación laboral.

TERCERO: QUE SE CONDENE al INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, a reconocer y pagar el retroactivo pensional causado a partir de la ocurrencia de la muerte y hasta cuando sean incluidos en nomina (SIC) de pago para pensionado, como consecuencia de las mesadas pensionales dejadas de cancelar, incluyendo la indexación acorde con el IPC, los incrementos anuales tal y como lo ordena el gobierno y los intereses moratorios a que haya lugar.

CUARTO: QUE SE CONDENE a los demandados al pago de las costas y agencias en derecho."

Radicación: 23001-3331-005-2015-00178-01

Demandante: ALFA MARIA ESTRADA DE LAGARES en nombre propio y en representación de su hija DANIELA LAGARES ESTRADA

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"– hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES"

1.3. Hechos o fundamentos del medio de control³

Como fundamentos de hecho de las pretensiones, se tienen:

- DILSON FRANCISCO LAGARES MARTINEZ, nació el día 1° de septiembre del año 1951.

- El señor LAGARES MARTINEZ, laboró para la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en liquidación, en el periodo comprendido entre el 1° de agosto de 1975 al 15 de noviembre de 1991, en el cargo de secretario contador, grado 06. Así mismo, laboró para la Empresa Industrial y Comercial de los Servicios Públicos del Municipio de San Antero ACUESAN E.S.P., en el periodo comprendido entre el 2 de noviembre de 1993 al 31 de abril de 2001.

- DILSON FRANCISCO LAGARES MARTINEZ, laboró en el sector público por más de 20 años.

- DILSON FRANCISCO LAGARES MARTINEZ, falleció el día 27 de septiembre de 2002.

- ALFA MARIA ESTRADA DE LAGARES, presentó el día 19 de marzo del año 2009, derecho de petición ante el Instituto de Seguro Social "ISS", solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, en calidad de cónyuge supérstite de DILSON FRANCISCO LAGARES MARTINEZ, sin obtener respuesta alguna por parte de dicha entidad.

- ALFA MARIA ESTRADA DE LAGARES, presentó el día 9 de marzo del año 2010, nuevamente derecho de petición ante el Instituto de Seguro Social "ISS", solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, en calidad de cónyuge supérstite de DILSON FRANCISCO LAGARES MARTINEZ, sin obtener respuesta alguna por parte de dicha entidad.

- ALFA MARIA ESTRADA DE LAGARES, interpuso acción de tutela en contra del Instituto de Seguro Social "ISS", a fin de que le resolvieran de fondo la petición de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente.

- El Instituto de Seguro Social "ISS", al resolver la acción de tutela manifestó que a la señora ESTRADA DE LAGARES, ya se le había resuelto de manera desfavorable la petición de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, a través de la Resolución No. 012771 de fecha 26 de junio de 2009.

1.4. Fundamento de derecho y normas violadas

Se citan como normas violadas las siguientes disposiciones:

Constitución Política: artículos 48 y 53.

Ley 33 de 1985: artículo 1°.

Ley 100 de 1993: artículo 36, inciso 2°

³ Folios 1 a 3; 78 del expediente.

Radicación: 23001-3331-005-2015-00178-01

Demandante: ALFA MARIA ESTRADA DE LAGARES en nombre propio y en representación de su hija DANIELA LAGARES ESTRADA

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"– hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES"

Decreto 2527 de 2000.

Como sustento de lo anterior, señaló la parte actora que la entidad demandada desconoce el derecho que le asiste al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente del causante DILSON FRANCISCO LAGARES MARTINEZ, en los términos de la Ley 33 de 1985, ya que si bien para la fecha del fallecimiento no contaba con los 55 años de edad, sí tenía más de 20 años de servicios en favor del Estado.

Por tanto, solo era necesario esperar hasta el cumplimiento del requisito de la edad, para que sus beneficiarios pudieran acceder a la pensión de sobrevivientes.

1.5. Contestación de la demanda⁴

1.5.1. Instituto de Seguro Social

Mediante escrito de fecha 13 de marzo de 2012 contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, argumentando como razones de su defensa, que los actos administrativos demandados gozan de la presunción de legalidad, por cuanto la parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes sin haber cumplido con los requisitos exigidos en los artículos 36 y 47 de la Ley 100 de 1993.

1.5.2. Municipio de San Antero

A través de memorial de fecha 12 de febrero de 2012 contestó la demanda, oponiéndose a las súplicas de la misma, argumentando que a la parte demandante no le asiste el derecho invocado toda vez que la Empresa de Servicios Públicos ACUESAN no está adscrita a la Alcaldía de San Antero, el cual es un ente con plena autonomía presupuestal y administrativa y es la única obligada a responder en caso de que se accedan a las pretensiones.

1.5.3. Empresa de Servicios Públicos ACUESAN ESP

Mediante escrito del 20 de marzo de 2012 contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, argumentando como razones de su defensa que no le asiste razón a la parte demandante como quiera que dentro del plenario no existe documentación alguna que vinculara a DILSON FRANCISCO LAGARES MARTINEZ, con la Empresa de Servicios Públicos ACUESAN ESP.

2. SENTENCIA APELADA⁵

El Juzgado Segundo (2°) Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Montería, en providencia de fecha 30 de abril del año 2015, accedió a las pretensiones de la demanda y resolvió:

⁴ Folios 130 a 133; 137 a 138; 143 a 144 del expediente.

⁵ Folios 246 a 269 del expediente.

Radicación: 23001-3331-005-2015-00178-01

Demandante: ALFA MARIA ESTRADA DE LAGARES en nombre propio y en representación de su hija DANIELA LAGARES ESTRADA

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"– hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES"

"PRIMERO: Declárese probada la excepción de prescripción, propuesta por el entonces ISS, por lo dicho en la motivación.

SEGUNDO: Declárense no prosperas las excepciones propuestas por el ISS, hoy COLPENSIONES denominadas "presunción de legalidad de los actos administrativos", "cobro de lo no debido", y "buena fe del demandado"; por lo dicho en la parte motiva

TERCERO: Declárese nula la Resolución N° 012771 de 26 de junio de 2009, expedida por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, que denegó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la parte actora; por lo ya dicho.

CUARTO: Como consecuencia de la declaración anterior, ordénese al INSTITUTO DE SEGURO SOCIALES, hoy COLPENSIONES, a reconocer y pagar a la señora ALFA MARIA ESTRADA DE LAGARES y a su menor hija DANIELA LAGRES ESTRADA, la pensión de sobrevivientes en calidad de esposa e hija del finado DILSON FRANCISCO LAGARES MARTINEZ, en proporción al 50% para cada una de ellas, según los parámetros indicados en la parte motiva.

QUINTO: Ordénese a la entidad demandada a dar cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

SEXTO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda.

SEPTIMO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente."

Como sustento de su decisión, el *a quo* señaló que dentro del proceso se encuentra acreditado que el finado DILSON FRANCISCO LAGARES MARTINEZ, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía 43 años de edad, por lo que cumplía con el requisito para hacerse beneficiario del régimen de transición, siendo entonces, que le resultare aplicable lo dispuesto en materia pensional la Ley 33 de 1985.

Que ante la muerte de DILSON FRANCISCO LAGARES MARTINEZ, su cónyuge supérstite y su hija menor, solicitaron el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, la cual fue negada por parte del Instituto de Seguro Social "ISS" hoy Colpensiones, al considerar que no se cumplía con las condiciones previstas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, olvidándose por completo que el occiso se encontraba dentro del régimen de transición, y que para la fecha de su deceso había cumplido con el tiempo de servicios para acceder a la pensión faltándole solo el requisito de la edad, lo cual no hacía desaparecer el derecho que le asistía a sus beneficiarios para recibir el derecho pensional reclamado.

Así las cosas, era procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la parte demandante y con cargo a Instituto de Seguro Social "ISS" hoy Colpensiones, aplicando las Leyes 33 y 62 de 1985, es decir, el 75% de todo lo devengado en el último año de servicios, a partir del 19 de marzo de 2006, por haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción, ya que la petición fue presentada el día 19 de marzo de 2009.

Radicación: 23001-3331-005-2015-00178-01

Demandante: ALFA MARIA ESTRADA DE LAGARES en nombre propio y en representación de su hija DANIELA LAGARES ESTRADA

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"– hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES"

Indicó que del reconocimiento pensional correspondía el 50% para la cónyuge supérstite y el otro 50% para su hija menor.

No hubo condena en costas, al no haberse evidenciado una conducta temeraria o de mala fe de la parte vencida.

2.1. RECURSO DE APELACIÓN⁶

La entidad demandada, a través de memorial de fecha 25 de mayo de 2015, interpuso y sustentó dentro de la oportunidad legal el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, que accedió a las pretensiones de la demanda.

En ese sentido indicó el apelante que el fallador de primera instancia realizó una errónea aplicación de las normas para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, toda vez que del material probatorio aportado, el causante no acreditó los requisitos exigidos en la Ley al momento de su fallecimiento para dejar causado el derecho a sus beneficiarios. En ese sentido, se tiene que DILSON FRANCISCO LAGARES MARTINEZ, falleció el día 27 de septiembre de 2002, es decir, en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo cual es claro que debió cotizar 50 semanas dentro de los 3 últimos años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, situación que no ocurrió.

La sentencia objeto de reproche, reconoció a la parte actora el derecho pensional en aplicación a lo establecido en la Ley 12 de 1975, sin embargo, ella fue derogada de manera tácita por la pensión de sobrevivientes contenida en la Ley 100 de 1993.

De conformidad con lo anterior, es claro que las demandantes no cumplen con los requisitos exigidos en la Ley 100 de 1993 para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes.

3. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Por reparto le correspondió el recurso de apelación al Tribunal Administrativo de Córdoba. Por auto del 22 de abril de 2016, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia del 30 de abril de 2015, proferida por el Juzgado Segundo (2°) Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Montería. Posteriormente, mediante auto de fecha 13 de mayo de 2016, se ordenó a las partes, la presentación por escrito de los alegatos de conclusión; y vencido este, el traslado al Ministerio Público ante esa Corporación, para que emitiera concepto.

3.1. Alegatos de segunda instancia.

Ninguna de las partes presentó alegatos de conclusión.

3.2. Concepto del Ministerio Público.

El señor Representante del Ministerio Público Delegado ante el Tribunal Administrativo de Córdoba, no emitió concepto dentro del presente asunto.

⁶ Folios 271 a 273 del expediente

Radicación: 23001-3331-005-2015-00178-01

Demandante: ALFA MARIA ESTRADA DE LAGARES en nombre propio y en representación de su hija DANIELA LAGARES ESTRADA

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"– hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES"

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. Competencia.

El Artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, dispuso el tema de transición y vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo "CPACA", de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior. (Subrayado de la Sala)

Teniendo en cuenta lo anterior, y como quiera que la demanda fue presentada el día 5 de febrero del año 2011, es claro que se deberá regir por las normas anteriores a la Ley 1437 de 2011, esto es, el Decreto – Ley 01 de 1984.

En este sentido, según el artículo 133 del Decreto – Ley 01 de 1984 "Código Contencioso Administrativo", al Tribunal se le asignó el conocimiento en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

4.2. Problema jurídico

La controversia consiste en dilucidar, si hay lugar a revocar la sentencia proferida el día 30 de abril del año 2015, por el Juzgado Segundo (2°) Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Montería, que accedió a las pretensiones de la demanda.

En ese sentido, y de conformidad con el recurso de apelación impetrado, el problema jurídico está encaminado a determinar, si ALFA MARIA ESTRADA DE LAGARES y DANIELA LAGARES ESTRADA, en calidad de cónyuge supérstite e hija menor, respectivamente, del causante DILSON FRANCISCO LAGARES MARTINEZ, tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes.

Para ello, deberá establecerse en primer lugar, si DILSON FRANCISCO LAGARES MARTINEZ, al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, había cumplido con los requisitos exigidos para ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 dicha normatividad.

Lo anterior, a efectos de tener certeza, si para el reconocimiento del derecho pensional pretendido por la parte demandante, debía tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 o por el contrario, lo

Radicación: 23001-3331-005-2015-00178-01

Demandante: ALFA MARIA ESTRADA DE LAGARES en nombre propio y en representación de su hija DANIELA LAGARES ESTRADA

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"– hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES"

preceptuado en las normas anteriores, esto es, Ley 33 de 1985 y Ley 12 de 1975.

4.2.1. Marco normativo y jurisprudencial

4.2.1.1. Régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993

La Ley 100 de 1993, "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones", derogó los regímenes pensionales existentes para ese momento y los integró en un sistema general. Como consecuencia de ello, los requisitos para acceder a la pensión de vejez, es decir, la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión, sufrieron modificación. Sin embargo, el legislador con el fin de proteger a quienes tenían una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión por estar próximos a cumplir los requisitos, estableció un régimen de transición.

En ese sentido, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, entonces vigente, dispuso:

"(...) ARTICULO 36 - . Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta años para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de los devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos. (...)"
(Subrayado de la Sala)

El legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de 40 años; en segundo lugar, las mujeres mayores de 35 años y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema general de pensiones, el cual para trabajadores particulares y servidores públicos del orden Nacional era el 1° de

Radicación: 23001-3331-005-2015-00178-01

Demandante: ALFA MARIA ESTRADA DE LAGARES en nombre propio y en representación de su hija DANIELA LAGARES ESTRADA

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"– hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES"

abril de 1994 y para los servidores públicos del orden Departamental, Municipal o Distrital a más tardar el 30 de junio de 1995.

Conforme a lo descrito, las personas que reunían los requisitos para ser cobijados por el régimen de transición, tenían derecho a que la pensión de vejez o jubilación fuere reconocida teniendo en cuenta la edad, el tiempo de servicios y el monto que establecieran las normas anteriores a la Ley 100 de 1993.

4.2.1.2. Vigencia del régimen de transición

Debe anotar la Sala que, posterior a la entrada en rigor del Sistema General de Pensiones, el Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el Artículo 48 de la Constitución Política, dispuso imperativamente que el Estado respetará los derechos adquiridos conforme a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo.

El artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2005⁷, estableció:

"Artículo 1º. Artículo 1º. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

(...)

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 .

(...)

Parágrafo transitorio 1º. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta. (...)"

*"Parágrafo transitorio 2º. Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los párrafos del presente artículo, **la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010**".*

(...)

*"Parágrafo transitorio 4º. **El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014**".*

"Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen". (Resaltado de la Sala)

⁷ Acto Legislativo 01 de 22 de julio de 2005, por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política.

Radicación: 23001-3331-005-2015-00178-01

Demandante: ALFA MARIA ESTRADA DE LAGARES en nombre propio y en representación de su hija DANIELA LAGARES ESTRADA

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"– hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES"

Para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, DILSON FRANCISCO LAGARES MARTINEZ, tenía más de 40 años de edad y más de 15 años de servicio, según se infiere del Registro Civil de Nacimiento obrante a folio 16 y de la certificación de folios 31 a 33, que da cuenta que laboró para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero S.A., del 1º de agosto de 1975 al 15 de noviembre de 1991, y luego en la Empresa de Servicios Públicos de San Antero ACUESAN E.S.P., del 2 de noviembre de 1993 al 30 de abril de 2001, es decir, más de 20 años.

Así las cosas, DILSON FRANCISCO LAGARES MARTINEZ, era beneficiario del régimen de transición, y por tanto, le eran aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 33 de 1985, por ser el régimen prestacional de los empleados oficiales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Dicha normatividad establece en su artículo 1º lo siguiente:

ARTÍCULO 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y lleque a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

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

Parágrafo 1º.- *Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez, sólo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) o más horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4), el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones conforme a la ley.*

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

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

Entre tanto, la Ley 12 de 1975, “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre régimen de pensiones de jubilación”, en el artículo 1º indicó que el cónyuge supérstite tendría derecho a la pensión de sobrevivientes cuando, el causante falleciera antes de cumplir la edad cronológica para ser beneficiario

Radicación: 23001-3331-005-2015-00178-01

Demandante: ALFA MARIA ESTRADA DE LAGARES en nombre propio y en representación de su hija DANIELA LAGARES ESTRADA

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"– hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES"

de dicha prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ello, la norma disponía:

***"ARTICULO 1o.** El cónyuge supérstite, o la compañera permanente, de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si este 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."* (Subrayado de la Sala)

Ahora bien, en lo que respecta a la vigencia de la mencionada normatividad, la Honorable Corte Constitucional, en sentencia de fecha 5 de diciembre de 2001, expresó que el régimen general estatuido para la pensión de sobrevivientes de la Ley 12 de 1975 se encontró vigente hasta tanto entró a regir el Sistema General de Pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, el cual regula la misma prestación contenida en la norma precitada frente a los mismos sujetos pasivos, incluyendo los empleados del sector oficial. Expresó el Máximo Órgano Constitucional:

"...Si bien la demanda cumplió a cabalidad con cada uno de los requisitos formales exigidos en el artículo 2 del decreto 2067 de 1991, motivo por el cual fue admitida, al proceder a comparar el contenido normativo de la disposición demandada frente al artículo sugerido por las actoras, para efectos de analizar la violación del principio de igualdad, advierte la Corte que la acusación se estructura sobre un presupuesto equivocado, al considerar que la norma acusada consagra un régimen especial, pues como se dejó señalado en párrafos anteriores, tanto el artículo acusado como la ley 100 de 1993 son regímenes generales en los que se regula idéntica prestación social para el mismo sector de trabajadores."

Esta la razón para que la Corte considere que el artículo 1 de la ley 12 de 1975, materia de acusación parcial, que consagraba la pensión de sobrevivientes aplicable a los trabajadores del sector público y privado, ha sido derogado por la ley 100 de 1993 al reglamentar en los artículos 46, 47, 48, 49, 73 y 74 la misma prestación para los mismos servidores, pues de conformidad con las normas que rigen la interpretación de las leyes la ley posterior deroga la anterior.⁸..."

Así las cosas, si bien es claro que la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, derogó los regímenes pensionales existentes para ese momento y los integró en un sistema general, también lo es, que ésta determinó un régimen de transición (Ley 33 de 1985), en el cual se encontraba cobijado el causante DILSON FRANCISCO LAGARES MARTINEZ.

Por lo tanto, para efectos del reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, el causante debía cumplir con 20 años de servicios continuos o discontinuos y llegar a la edad de 55 años.

Al momento del fallecimiento de DILSON FRANCISCO LAGARES MARTINEZ (27 de septiembre de 2002), este contaba con más de 20 años de servicios, haciéndole falta el requisito de la edad, ya que para esa fecha tenía 51 años.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-1289 del cinco (5) de diciembre de dos mil uno (2001). Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería.

Radicación: 23001-3331-005-2015-00178-01

Demandante: ALFA MARIA ESTRADA DE LAGARES en nombre propio y en representación de su hija DANIELA LAGARES ESTRADA

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS" – hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES"

Es importante señalar en este punto que el argumento expuesto por el Instituto de Seguro Social "ISS", hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES", en los actos administrativos demandados para negar el reconocimiento y pago del derecho pensional pretendido por la parte demandante, era que a dicho fondo de pensiones, con respecto al afiliado DILSON FRANCISCO LAGARES MARTINEZ solo le aparecían cotizados un total de 120 días, que correspondían a 4 meses. Por tanto, sumado el tiempo laborado al sector público y el sufragado al Instituto de Seguro Social "ISS", daba un total de 16 años, 7 meses y 15 días, siendo ello, inferir a los 20 años de servicios exigidos en la Ley 33 de 1985.

Es necesario precisar, que a pesar de lo manifestado por el Instituto de Seguro Social "ISS", hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES", existe dentro del plenario, tal y como así se dispuso en párrafos anteriores, las certificaciones expedidas por la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero S.A. y la Empresa de Servicios Públicos de San Antero ACUESAN E.S.P., en su calidad de empleadoras de DILSON FRANCISCO LAGARES MARTINEZ, que demuestran que éste laboró por más de 20 años en el sector público.

Bajo esa premisa, y en caso tal de que alguno de los empleadores del demandante, no hubieren cumplido con su obligación de realizar los respectivos pagos de los aportes a pensiones a la Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES", ésta cuenta con los instrumentos jurídicos para asegurar dichos aportes, obligación que en ningún momento puede trasladarse al empleado.

Así lo ha manifestado la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-079/16, cuando considera:

"(...) 38. En ese orden de ideas, la Corte ha concluido que son las administradoras de pensiones las llamadas a asumir los efectos que puedan derivarse del retraso o de la falta de pago de los aportes a pensiones. Su tarea, ante tales circunstancias, consiste en desplegar los instrumentos jurídicos que fueron puestos a su disposición para asegurar que los aportes de sus afiliados se consignen efectivamente.

Al margen de lo que pueda ocurrir al respecto, no pueden ser los trabajadores quienes asuman los efectos de la falta de pago de esos aportes. Dejar de reconocer una pensión sobre el supuesto de que las cotizaciones no se han efectuado equivaldría a trasladarle a la parte más débil de la relación tripartita de la que participan los trabajadores, los empleadores y las administradoras de pensiones las consecuencias de la negligencia de quienes, en contrapartida, ostentan la posición más fuerte. En ese orden de ideas, la Corte ha mantenido una jurisprudencia pacífica acerca de la inoponibilidad de la mora patronal, de cara al reconocimiento y pago de prestaciones económicas, como la pensión de vejez".

Aclarado lo anterior, y como quiera que el causante cumplió bajo el régimen anterior a la Ley 100 de 1993, con el tiempo de cotización previsto, es menester aplicar en relación con el tema de pensiones de sobrevivientes, lo dispuesto en la Ley 12 de 1975.

Radicación: 23001-3331-005-2015-00178-01

Demandante: ALFA MARIA ESTRADA DE LAGARES en nombre propio y en representación de su hija DANIELA LAGARES ESTRADA

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"– hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES"

El Honorable Consejo de Estado, en un caso de supuestos fácticos iguales, consideró⁹:

(...) Esclarecido lo anterior, se procederá a verificar si a la luz de las normas que en materia pensional gobiernan a los empleados públicos, la señora Morales de Mantilla cumplía al momento de su fallecimiento con los requisitos exigidos para acceder a la pensión de jubilación.

Para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la señora Eloisa Morales de Mantilla tenía más de 35 años de edad y más de 15 de servicio¹⁰, según se infiere del Registro Civil de Nacimiento obrante a folio 29 y de la certificación de folio 28, que da cuenta que laboró para el SENA del 1º de julio de 1973 al 10 de octubre de 2000, es decir, más de 27 años. Por lo que en esas condiciones sólo le faltaba acreditar el requisito de los 55 años de edad establecida en la Ley 33 de 1985 para adquirir su pensión, el cual no pudo alcanzar por el acontecimiento de su muerte.

No obstante ello no es obstáculo para que se estudie el derecho a la pensión que por esta vía se reclama, pues siendo diferente el riesgo que protege la pensión de sobrevivientes del que protege la de vejez, en cuanto la primera ampara a la familia como núcleo esencial de la sociedad ante la contingencia de la muerte del afiliado y la segunda salvaguarda es a la vejez -la llamada tercera edad es el riesgo protegido-, ninguna relevancia tiene para la sustitución pensional o en la pensión post mortem que la señora Eloisa Morales hubiera fenecido antes de la edad de 55 años.

En otras palabras, la muerte –acontecimiento incierto- se protege con la prestación social denominada "pensión de sobrevivientes" por lo que no se exige el requisito de la edad cronológica sino un mínimo de cotizaciones, al paso que la vejez -la llegada de la ancianidad- se protege con la pensión ordinaria de jubilación llamada en la Ley 100 de 1993 "pensión de vejez", que requiere no sólo el número de cotizaciones establecido en la ley sino el requisito de la edad cronológica.

Es importante tener en cuenta que la pensión en sentido lato "es un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro...En otras palabras, el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador". (Sentencia C-546 de 1992 de la Corte Constitucional).

En igual sentido se pronunció dicha Corporación en la sentencia T-1752 de 2000, cuando advirtió que "La pensión de jubilación no es una simple caridad que se hace a las personas por el simple hecho de haber llegado a determinada edad, sino una contraprestación a la contribución que hizo durante su vida poniendo a disposición de la sociedad su fuerza laboral. La concepción de la seguridad social como una "gracia" fue superada por la jurisprudencia nacional desde la primera mitad del Siglo XX. Fue, además, definitivamente abolida en la Constitución de 1991, no sólo a través de su consagración explícita en el artículo 48, sino en la objetivación del trabajo como principio fundamental del Estado...".

En consecuencia, el derecho a la pensión no puede considerarse como una gracia, dado que esta surge es por la acumulación de cotizaciones y de tiempos de servicios efectuados por el trabajador. Por tanto, tal ahorro o

⁹ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A". Consejero Ponente: Dr. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Bogotá, veinticinco (25) de marzo de dos mil diez (2010). Radicación N° 080012331000200102565-01 (7782-05). Actor: DEMETRIO MANTILLA CASTELLAR Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA-

¹⁰ Artículo 36 de la Ley 100 de 1993. La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados

Radicación: 23001-3331-005-2015-00178-01

Demandante: ALFA MARIA ESTRADA DE LAGARES en nombre propio y en representación de su hija DANIELA LAGARES ESTRADA

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"– hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES"

contribución una vez se cumpla con el tiempo de servicios, semanas cotizadas o monto del mismo, será exigible cuando se llegue a la edad requerida o suceda la muerte del trabajador, según el caso.

No se trata entonces de una expectativa, pues el derecho nace por haber completado o bien el tiempo de servicios o el número de cotizaciones; lo que ocurre es que su reconocimiento y pago está condicionado a la llegada de la edad o del acaecimiento de la muerte.

Aclarado como está, que la señora Eloisa Morales adquirió el derecho a la pensión de jubilación cuando completó el tiempo de servicios requeridos, el mismo debe ser protegido frente a un cambio de legislación, el cual, como es sabido, debe respetar todos los derechos, garantías y beneficios adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores.

Por ello, dentro de la previsión que consagra la Ley 100 de 1993 en su artículo 11¹¹ debe entenderse que el derecho pensional de la empleada del SENA quedó amparado por haber servido al Estado las semanas y el tiempo requerido, a pesar de no haber cumplido la edad cronológica para exigir la prestación.

La tradición legislativa del país, particularmente en materia prestacional, ha tenido como constante en la mira de sus nuevas disposiciones no afectar con el cambio normativo a quienes a la entrada en vigencia de la nueva normativa han consolidado su derecho.

Por eso, y teniendo en cuenta que la causante cumplió bajo el régimen anterior a la Ley 100 de 1993 con el tiempo de cotización previsto, bajo unos supuestos exigidos al momento del ingreso al Sistema de Seguridad Social, la Sala deberá aplicar el principio de la condición más favorable al trabajador, consagrado en el artículo 53 superior, en relación con el tema de pensiones de sobrevivientes, que para el presente caso es la estatuida en el régimen anterior, esto es, en la Ley 12 de 1975, que a la letra dice:

LEY 12 DE 1975

Art. 1: El cónyuge supérstite, o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si este 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.

Como se pudo constatar que el demandante contrajo matrimonio con la causante (folio 29) y estuvo unido a ella en el momento de su fallecimiento, puede acceder al reconocimiento pensional pedido a partir de la fecha en la cual ocurrió el deceso, en los términos del régimen anterior a la Ley 100 de 1993, es decir, aplicando para el efecto las Leyes 33 y 62 de 1985.

En esas condiciones, el SENA debe reconocer la prestación solicitada por el demandante de conformidad con el derrotero planteado a lo largo de esta

¹¹ **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.

Radicación: 23001-3331-005-2015-00178-01

Demandante: ALFA MARIA ESTRADA DE LAGARES en nombre propio y en representación de su hija DANIELA LAGARES ESTRADA

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"– hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES"

providencia, sin perjuicio de que previos los trámites correspondientes transfiera la obligación al Instituto de Seguros Sociales si la causante logró cumplir también los requisitos exigidos para obtener la pensión de vejez que el Instituto otorga, obviando, claro está, la exigencia de la edad, de conformidad con lo dicho en párrafos anteriores.

La anterior decisión se toma con el fin de garantizarle al cónyuge supérstite la disposición de unos recursos para su digno sostenimiento, en forma tal que el deceso de su esposa no signifique una ruptura que afecte los derechos fundamentales del núcleo familiar.

Y es que es de la esencia de la pensión de sobrevivientes, impedir que quien haya convivido permanentemente y prestado apoyo efectivo a su pareja al momento de su muerte, se vea avocada a soportar de manera aislada las cargas materiales y espirituales que supone su desaparición." (Subrayado de la Sala)

Teniendo de precedente lo expuesto, se tiene que la demandante ALFA MARIA ESTRADA DE LAGARES, contrajo matrimonio con el causante DILSON FRANCISCO LAGARES MARTINEZ, desde el 19 de enero de 1977 (folio 18 del expediente). Adicionalmente, está probada la condición de hija de DANIELA LAGARES ESTRADA, según registro civil de nacimiento visible a folio 20 del expediente.

En ese sentido, la parte demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en los términos de la Ley 33 de 1985, en la proporción de 50% para ALFA MARIA ESTRADA DE LAGARES, en su calidad de cónyuge supérstite y 50% para DANIELA LAGARES ESTRADA, en su calidad de hija menor. El derecho pensional de la cónyuge supérstite, se acrecentará, una vez la hija cumpla con alguna de las condiciones dispuestas en la Ley para la pérdida del mismo¹².

4.2.1.3. Monto de la pensión de los beneficiarios del Régimen de transición

En cuanto al monto de la pensión, la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado consideró en su momento, que este no se limitaba al porcentaje (75%) sino que también comprendía la determinación de los factores salariales que integraban la base de liquidación, debido a que el alcance del régimen de transición era integral, lo que significa que los regímenes pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993, se aplicaba según fuere el caso a quien se encontraba cobijado por la transición, sin discriminación de los presupuestos que determinaban la consolidación del derecho pensional.

Dicha posición fue ratificada por el Honorable Consejo de Estado en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, por lo que a partir de esa decisión judicial de manera uniforme la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, venía definiendo los asuntos puestos a su consideración, indicando que a las personas beneficiarias del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se les debía aplicar de manera integral el régimen anterior respecto de la edad, el tiempo y el monto, incluyendo en este último concepto tanto el porcentaje de la pensión como el

¹² Frente a esta decisión de acrecimiento que se adoptó por mayoría, también se planteó que no era procedente toda vez que así no lo dispuso el *a quo*, ni lo reclamaron las demandantes ni en la demanda ni en vía de impugnación, y sería agravar la situación del único apelante una vez cesara la hija en la obtención del derecho.

Radicación: 23001-3331-005-2015-00178-01

Demandante: ALFA MARIA ESTRADA DE LAGARES en nombre propio y en representación de su hija DANIELA LAGARES ESTRADA

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"– hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES"

ingreso base de liquidación, el cual estaba integrado por todos los factores salariales que se percibieran en el último año de servicios.

No obstante a ello, la Sala Plena de la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013, consideró frente al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que si bien era cierto debía aplicarse de manera ultractiva la normativa anterior para aquellas personas quienes a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones reunían las condiciones de edad y tiempo de servicio, no ocurría lo mismo con el ingreso base de liquidación de la pensión, debiendo dar aplicación a lo previsto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

A pesar de ello, el Honorable Consejo de Estado, advertía que el pronunciamiento de la Honorable Corte Constitucional, no resultaba aplicable teniendo en cuenta que se trataba de una sentencia de control de constitucionalidad frente al artículo 17 de la Ley 4° de 1992, es decir, correspondía a un asunto diferente al que era sometido a conocimiento y, por tanto, la *ratio decidendi* allí expresada no generaba un efecto vinculante, máxime cuando existía un pronunciamiento de unificación concreto sobre el asunto por parte del órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Sin embargo, la Honorable Corte Constitucional en sentencia de unificación C-230 de 2015 reabrió el debate, cuando estudió de manera precisa, el alcance del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En esa decisión, dicha Corporación señaló que el ingreso base de liquidación "IBL" no era sujeto del régimen de transición, debiendo aplicarse el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin que para ello fuese aplicable el promedio de los salarios devengados en el último año de servicio conforme al artículo 1° de la Ley 33 de 1985.¹³

Así pues, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado, en sentencia de fecha 28 de agosto de 2018, dentro del expediente con Radicación No. 52001-23-33-000-2012-00143-01, C.P. Dr. César Palomino Cortés, luego de las reflexiones legales y jurisprudenciales sobre el régimen de transición en materia pensional establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, fijó la siguiente regla jurisprudencial:

"(...) Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición 92.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

"El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985".

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes subreglas:

¹³ Posición reiterada en sentencias SU-210, SU-395 y SU-631 de 2017.

Radicación: 23001-3331-005-2015-00178-01

Demandante: ALFA MARIA ESTRADA DE LAGARES en nombre propio y en representación de su hija DANIELA LAGARES ESTRADA

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"– hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES"

94. La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es: Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cubre a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.

(...) 96. La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como 'un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley'. El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como '[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil'.

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia

Radicación: 23001-3331-005-2015-00178-01

Demandante: ALFA MARIA ESTRADA DE LAGARES en nombre propio y en representación de su hija DANIELA LAGARES ESTRADA

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"– hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES"

de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones 'salario' y 'factor salarial', bajo el entendido que 'constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente (sic) recibe el empleado como retribución por sus servicios' con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional/ y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema (...)"

Lo anterior significa, que la Sala Plena del Honorable Consejo de Estado, acogió la postura de la Honorable Corte Constitucional y precisó que para aquellos servidores públicos que se pensionaran conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar su pensión era el previsto en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o del artículo 21 de la misma Ley, según el tiempo que les faltare para adquirir el derecho a la pensión a la fecha de entrada en vigencia de la nueva normativa pensional.

4.2.1.4. Factores salariales para la liquidación pensional

Tal y como se expuso en párrafos anteriores, quienes son beneficiarios del régimen de transición creado en la Ley 100 de 1993, tienen un trato pensional favorable frente al tiempo que debe tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión y la manera de establecer su monto, pues el artículo 36 de la mencionada disposición contempla la edad, monto de pensión y tiempo de servicio del régimen anterior, debiendo aplicarse los reglas del nuevo régimen para las demás condiciones y requisitos necesarios para acceder a la pensión, esto es, el marco temporal y los factores que se deben computar para la determinación del ingreso base de liquidación "IBL".

Así entonces, el periodo para establecer el Ingreso Base de Liquidación "IBL" de quien se encuentra en el régimen de transición, corresponde al promedio de los últimos 10 años de servicios, o al promedio del tiempo que le hiciera falta para adquirir el estatus de pensionado luego de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 si fuera menor a 10 años. Ahora, en cuanto a los factores que allí deben incluirse corresponde remitirse al artículo 21 *ibídem*, que señala:

*"ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, **el promedio de los***

Radicación: 23001-3331-005-2015-00178-01

Demandante: ALFA MARIA ESTRADA DE LAGARES en nombre propio y en representación de su hija DANIELA LAGARES ESTRADA

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"– hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES"

salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo". (Negrilla de la Sala)

En ese sentido, el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no define los elementos integrantes de la remuneración del afiliado sujeto al régimen de transición que conforman el ingreso base para calcular el monto de las cotizaciones obligatorias al Sistema General de Pensiones, ni tampoco los que deben conformar el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, sino que establece los periodos de remuneración que deben tomarse en cuenta para determinar este ingreso. Por consiguiente, para los referidos efectos resulta indispensable remitirse a lo que dispone el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 en cuanto define que el salario mensual base de cotización para los servidores del sector público será el que se señale de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4° de 1992.

De igual manera, el artículo 1° del Decreto Reglamentario No. 1158 de 1994, "Por el cual se modifica el artículo 6o del Decreto 691 de 1994", consagra lo siguiente:

"ARTICULO 1°. El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización".

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios prestados;"*

Por ende, el Ingreso Base de Liquidación "IBL" estará conformado únicamente por los conceptos antes descritos, siempre y cuando estos hayan sido percibidos por el trabajador y se hubiere cotizado sobre ellos.

Radicación: 23001-3331-005-2015-00178-01

Demandante: ALFA MARIA ESTRADA DE LAGARES en nombre propio y en representación de su hija DANIELA LAGARES ESTRADA

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"– hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES"

4.2.2. Caso concreto

Descendiendo al caso sub judice y tal como así se determinó en párrafos anteriores, si bien acertadamente el *A quo* concluyó que la parte demandante tenía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en los términos previstos en la Ley 33 de 1985, lo cierto es que como la transición solo cobijaba lo referente a los requisitos de edad, tiempo de servicio y monto (tasa de remplazo), ello no sucedía igual con el ingreso base de liquidación "IBL" el cual debía seguir regulado por lo previsto en la Ley 100 de 1993, con base en las reglas fijadas por el Honorable Consejo de Estado y la Honorable Corte Constitucional.

Por tanto, el Ingreso Base de Liquidación "IBL" que debe ser tenido en cuenta para el reconocimiento pensional que se le haga a la parte demandante, es el dispuesto en los artículos 18 o 21 de la Ley 100 de 1993, en lo que se refiere al promedio de los salarios y el Decreto 1158 de 1994, en lo que respecta a los factores salariales devengados y sobre los que se cotizó.

4.2.3. Prescripción

El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, preceptúa:

"Artículo 41º.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual." (Subrayado de la Sala)

Sea lo primero indicar, que el causante DILSON FRANCISCO LAGARES MARTINEZ, falleció el día 27 de septiembre de 2002. La parte actora presentó la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes el día 19 de marzo del año 2009. Por lo tanto, y en virtud de lo establecido en el Decreto 3135 de 1968, hay lugar a decretar la prescripción de mesadas pensionales con anterioridad al 19 de marzo del año 2006.

En este orden, la Sala encuentra que tal y como así lo concluyó el *A- quo*, la parte demandante sí tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en los términos de la Ley 33 de 1985, siendo entonces, procedente confirmar en dicho sentido la sentencia apelada; sin embargo, modificará lo correspondiente al Ingreso Base de Liquidación "IBL".

5. Otros aspectos

5.1. Costas. La Sala se abstendrá de condenar en costas¹⁴, a la parte vencida por cuanto no asumió en el proceso una conducta que lo hiciera

¹⁴ Sentencia del Consejo de Estado del 1 de junio de 2017- Sección Segunda. C.P. Sar dra Liseth Ibarra Vélez. Demandante: Isabel Cecilia Herrera Gutiérrez. Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Universidad de Pamplona.

Radicación: 23001-3331-005-2015-00178-01

Demandante: ALFA MARIA ESTRADA DE LAGARES en nombre propio y en representación de su hija DANIELA LAGARES ESTRADA

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"– hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES"

merecedor a esa sanción, tales como temeridad, irracionalidad absoluta a su pretensión, dilación sistemática del trámite o en deslealtad.

5.2. Comunicación y remisión. Se ordenará que por Secretaría del Tribunal Administrativo de Arauca, se remita copia de esta sentencia por correo – Electrónico si aparece registrado o postal- a las partes y al Ministerio Público con carácter de mera información; y el expediente al Tribunal Administrativo de Córdoba para que prosiga con los trámites procesales, incluido el de notificación de la sentencia.

6. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO.- MODIFIQUESE la sentencia proferida el día treinta (30) de abril del año dos mil quince (2015), por el Juzgado Segundo (2°) Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Montería, la cual quedará así:

***"PRIMERO: Declárese** probada la excepción de prescripción, propuesta por el Instituto de Seguro Social "ISS" hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES", por lo expuesto en la parte motiva.*

***SEGUNDO: Declárese** no probadas las excepciones propuestas por el Instituto de Seguro Social "ISS" hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES", denominadas "presunción de legalidad de los actos administrativos", "cobro de lo no debido", y "buena fe del demandado"; por lo dicho en la parte motiva*

***TERCERO: Declárese** nula la Resolución N° 012771 de fecha 26 de junio de 2009, expedida por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, que denegó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la parte actora, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.*

***CUARTO:** Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, ordénese a la Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES", a reconocer y pagar a la señora ALFA MARIA ESTRADA DE LAGARES y a su menor hija DANIELA LAGRES ESTRADA, la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite e hija del finado DILSON FRANCISCO LAGARES MARTINEZ, en proporción al 50% para cada una de ellas, a partir del 19 de marzo de 2006, según los parámetros indicados en la parte motiva de este proveído.*

El derecho pensional de la cónyuge supérstite, se acrecentará, una vez la hija cumpla con alguna de las condiciones dispuestas en la Ley para la pérdida del mismo.

***QUINTO:** Ordénese a la entidad demandada a dar cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.*

***SEXTO:** Niéguese las demás pretensiones de la demanda.*

4:24 Pm
30 ABR 2019
Rosa R

Radicación: 23001-3331-005-2015-00178-01

Demandante: ALFA MARIA ESTRADA DE LAGARES en nombre propio y en representación de su hija DANIELA LAGARES ESTRADA

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"- hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES"

SEPTIMO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente."

SEGUNDO.- ABSTENERSE de condenar en costas en esta instancia.

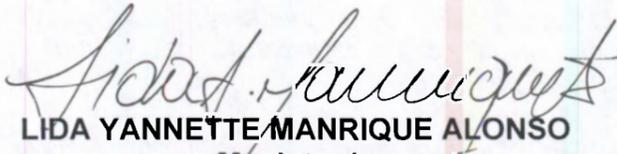
TERCERO.- ORDENAR que por Secretaría del Tribunal Administrativo de Córdoba, se liquiden los gastos del proceso y si lo hubiere, devolver a la parte demandante el saldo respectivo.

CUARTO: ORDENAR que en firme en el Tribunal Administrativo de Córdoba esta decisión, se devuelva el expediente al juzgado de origen, una vez hechas las anotaciones en el software de gestión.

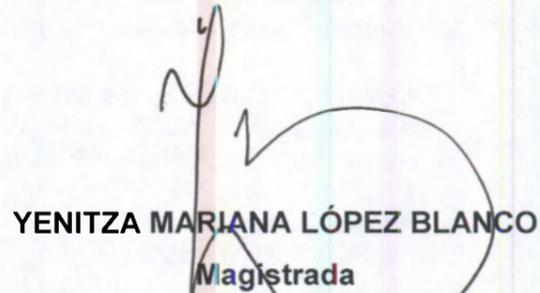
QUINTO: ORDENAR que previas las anotaciones de rigor, por Secretaría del Tribunal Administrativo de Arauca: (i) Se remita copia de esta providencia por correo -Electrónico si aparece registrado o postal- a las partes y al Ministerio Público con carácter de mera información. (ii) Se devuelva el expediente al Tribunal Administrativo de Córdoba, para que prosigan los trámites procesales que correspondan, incluido el de notificación de la sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que el anterior proveído fue aprobado por la Sala en sesión de la fecha


LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Magistrada


LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado


YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO
Magistrada