

Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-002-2018-00007-01
Demandante	RUTH DEL RIO DE CABARCAS
Demandado	MUNICIPIO DE TURBACO Y COLPENSIONES
Tema	Reliquidación de pensión de sobreviviente
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004¹ del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 30 de septiembre de 2019 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió negar las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA²

3.1.1 Pretensiones³.

En la demanda se solicita que se accedan a las siguientes peticiones:

"1) Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en respuesta de Nov 3 de 2017, mediante la cual, se niega el reconocimiento a pensión de sobrevivientes a RUTH DEL RIO CABARGAS.

2) Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la demandada al reconocimiento y pago indexado de pensión de Sobreviviente a favor de la actora a partir del día 25 de Diciembre de 2004, en los términos de los artículos 6° y 25 de decreto 758 de 1990, por expresa remisión que realiza el Art. 48 de la ley 100 de 1993, y en aplicación de los principios constitucionales de proporcionalidad y condición más beneficiosa, conforme viene sentada jurisprudencia de la Sala de casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

3) Que de la suma causada por concepto de mesadas desde la estructuración del derecho hasta su reconocimiento, se deduzca lo cancelado por la demandada a título de indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes

4) Que se condene a la demandada al pago de las costas y agencias en derecho".

¹En aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

² Folio 2-8 cdno 1

³ Fols. 2-3 cdno 1

13-001-33-33-002-2018-00007-01

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

3.1.2 Hechos⁴.

La parte demandante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

La señora RUTH DEL RIO DE CABARCAS estuvo casada durante más de 22 años con el señor NÉSTOR BURGOS CASTILLO (sic)⁵, y convivió con él hasta la fecha de su fallecimiento ocurrida el día 25 de diciembre de 2004.

El señor NÉSTOR BURGOS CASTILLO (sic), estuvo vinculado laboralmente con varios empleadores del sector privado cotizando desde el año 1978, hasta diciembre 30 de 1991 en el ISS para un acumulado de 564 semanas en total. También trabajó para el municipio de Turbaco desde el 15/08/89 al 28/92/95, sin que se efectuaran los aportes a Fondo o Administradora alguna.

La señora RUTH DEL RIO DE CABARCAS, por intermedio de apoderado judicial, presentó ante la demandada una reclamación para que se le hiciera el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la que tiene derecho; sin embargo, la solicitud en comento fue decidida desfavorablemente a través de oficio de noviembre 3 de 2017.

Que sobre estos mismos hechos y pretensiones, se tramitó proceso ante la jurisdicción ordinaria laboral, disponiéndose en sede de apelación por parte del Tribunal Superior de Bolívar, mediante providencia de julio 29 de 2016, la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción, aseverando que la competente era la contenciosa administrativa, al aparecer como última entidad donde laboró el causante el municipio de Turbaco.

3.1.3 Normas violadas y concepto de la violación

La demandante considera que con la expedición del acto acusado se violan las siguientes normas: la Constitución Política de 1991, el inciso 4 de Art. 48 de la ley 100 de 1993, el Acuerdo 049 de 1990 y el Decreto 758 de 1990, Art. 25.

Expone, que se le debe reconocer la pensión de sobreviviente en aplicación del inciso 4 de Art. 48 de la ley 100 de 1993, que a su vez remite al Acuerdo 049 de 1990, condensado en el Decreto 758 de 1990, el cual, en sus artículos 6 y 25 desarrolla el tema de la pensión de sobrevivientes, en los siguientes términos:

⁴ Fols. 3 cdno 1

⁵ El nombre real es LIBARDO CABARCAS PÉREZ



13-001-33-33-002-2018-00007-01

ARTÍCULO 6º. REQUISITOS DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. *Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:*

- a) *Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y,*
- 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 y,*
- b) *Cuando el asegurado fallecido estuviere disfrutando o tenga causado el derecho a la pensión de invalidez o de vejez según el presente Reglamento."*

Que de lo expuesto se deduce sin lugar a dudas, que el causante a diciembre de 1991, y antes de que entrara en vigencia la ley 100 de 1993, ya tenía acreditadas cabalmente, más de las 300 semanas exigidas por el art 6º del Acuerdo 049 de 1990, para el derecho pretendido, situación que deja en claro la procedencia del derecho a pensión de sobrevivientes a favor de la actora

3.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.2.1 COLPENSIONES⁶.

Esta entidad dio la contestación a la demanda manifestando que no le consta ninguno de los hechos de la demanda. Adicionalmente expuso que el acto administrativo demandado no fue expedido por ellos, por lo que solicita que se denieguen las pretensiones.

Como expresiones propuso las siguiente: buena fe, cobro de lo no debido, genérica.

3.2.2 MUNICIPIO DE TURBACO⁷

Esta entidad manifestó su oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas por la parte demandante, alegando que no están llamadas a prosperar toda vez que carecen de fundamentos fácticos y jurídicos.

Expresa que, la parte actora solicita se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio de noviembre 3 de 2017, expedido por el Alcalde Municipal de Turbaco - Bolívar, mediante el cual se negó la petición

⁶ Folio 45-49 cdno 1

⁷ Folio 62-66 cdno 1

13-001-33-33-002-2018-00007-01

de reconocimiento de pensión de sobreviviente. Ahora bien, de acuerdo con el formato No. 1 de información laboral anexo a la demanda, se tiene que el señor LIBARDO CABARCAS PÉREZ laboró en la Alcaldía de Turbaco en los periodos comprendidos entre el 15 de agosto de 1989 al 31 de diciembre de 1989, y desde el 2 de enero de 1990 hasta el 28 de febrero de 1995, lo cual suma un total de 289,7 semanas.

Que, la ley 100/93, en el artículo 46, prescribe los requisitos para la obtención de la pensión de sobreviviente y exige que el afiliado hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte, o 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. Sostiene que, como puede observarse, el señor LIBARDO CABARCAS PÉREZ laboró hasta el año 1995 en el municipio de Turbaco, lo cual significa que al momento de su fallecimiento no venía laborando con esta entidad territorial, ya que falleció el 25 de diciembre de 2004.

Explica que existe falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que el Municipio de Turbaco es una entidad de derecho público de creación legal y, de acuerdo con la legislación en materia de prestaciones sociales en Colombia, corresponde a los fondos de pensiones, ya sea el fondo público COLPENSIONES o las administradoras del sistema RAIS o FONDOS PRIVADOS, asumir los riesgos de vejez, invalidez y muerte en materia de pensiones. Que al municipio lo que le corresponde es trasladar el bono pensional a dicha entidad, pero como quiera que ningún fondo lo ha requerido, el municipio no es el ente llamado a resolver las pretensiones de la demandante.

Adicionalmente alega que existe prescripción de los derechos reclamados.

3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁸

Por medio de providencia del 30 de septiembre de 2019, el Juez Segundo Administrativo del Circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, denegando las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos:

Frente a Colpensiones, el Juez de primera instancia decidió declarar probada la excepción de inepta demanda toda vez que no se agotó la reclamación administrativa ante dicha entidad.

En cuanto al Municipio de Turbaco, expuso que, de las pruebas que acompañan el proceso, se vislumbraba que el señor Libardo Cabarcas Pérez

⁸ Folio 161-173 cdno 1



13-001-33-33-002-2018-00007-01

había laborado al servicio dicho ente territorial del 15 de agosto de 1989 al 31 de diciembre de 1989 y del 2 de enero de 1990 al 28 de febrero de 1995, según consta en las actas de posesión de fecha 15 de agosto de 1989 y 2 de enero de 1990 y en el certificado de información laboral. Además, se verificaba que había cotizado al ISS, hoy Colpensiones, durante varios periodos entre el año 1969 y 1986, para un total de 273 semanas; adicional a ello, se evidenciaba que durante su vinculación con el municipio de Turbaco-Bolívar no se habían realizado los aportes para pensión a un fondo, sino que la entidad territorial se encontraba a cargo de dicha prestación.

Sostuvo que, en el proceso también estaba demostrado que la muerte del señor Libardo Cabarcas Pérez fue el 4 de junio de 1999, es decir estando vigente la Ley 100 de 1993, verificándose así mismo que al momento de su fallecimiento aquel no se encontraba cotizando al sistema de seguridad social en pensiones.

Explicó que, en estos eventos, la jurisprudencia constitucional había unificado su criterio frente al reconocimiento de la pensión de sobreviviente, con aplicación del principio de la condición más beneficiosa. Con base en dicho principio, ha considerado la Corte que se debe otorgar la pensión de sobrevivientes cuando el afiliado al ISS fallece en vigencia del sistema pensional de la Ley 100 de 1993 y no cumple con los requisitos consagrados en tal norma para acceder a ella, pero sí acumula, antes del 1º de abril de 1994, la densidad de cotizaciones señaladas en el Acuerdo 049 de 1990. Lo anterior, a pesar de que la regla general es que el derecho a la pensión de sobrevivientes debe ser dirimido a la luz de la normatividad vigente al momento del deceso del afiliado o pensionado.

Que, en el caso de marras, el señor Libardo Cabarcas Pérez había cotizado al ISS hoy Colpensiones, 273 semanas; así mismo, se había evidenciado que estuvo vinculado con el municipio de Turbaco-Bolívar, pero durante la misma no se realizaron los aportes para pensión a un fondo, sino que la entidad territorial se encontraba a cargo de dicha prestación, y finalmente la fecha de fallecimiento fue el día 14 de junio de 1999, es decir estando en vigencia la Ley 100 de 1993. En tal sentido, a simple vista se constataba que al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993, no se cumplía con los requisitos contemplados en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 para que los beneficiarios pudiesen tener acceso a la pensión de sobrevivientes ya que no se acreditó, por una parte que tuviera 150 semanas de cotización sufragadas en los 6 años anteriores a la muerte, así como tampoco se demostró que se hubiese cotizado 300 semanas en cualquier tiempo.

Expuso que, si bien era cierto que el municipio de Turbaco-Bolívar había “omitido” afiliar al señor Cabarcas Pérez al sistema de Seguridad Social en Pensiones y pagarle los respectivos aportes derivados de la relación laboral,

13-001-33-33-002-2018-00007-01

ello no indica que debiera reconocérsele el derecho a la accionante, puesto que el ente territorial en mención podía haber hecho la afiliación a un fondo privado y no al ISS, por lo tanto, el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 tampoco era aplicable pues el mismo solo rige para los afiliados al ISS.

En ultimas el Juez a quo concluyó que, lo precedente no era óbice para que la parte demandante, en virtud de la figura de indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes, contemplada en el artículo 49 de la ley 100 de 1993, pudiera solicitar la devolución de aportes realizados al sistema.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN⁹

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, alegando lo siguiente:

Agotamiento de la actuación administrativa: Sostiene que en efecto, sí se produjo dicha actuación administrativa, patentizada en la emisión de las Resoluciones No. 0241 de enero 16/08 y No. 1005 de abril 30/08, proferidas por el entonces ISS, actos administrativos que debieron - conjuntamente con otros elementos probatorios (historia laboral)- ser aportados por la demandada, por parte de Colpensiones, tal como se ordenó al decretarse las pruebas.

Así las cosas, solicita a esta Corporación tener en cuenta las peticiones efectuadas en los alegatos de conclusión, básicamente en el sentido de disponer que Colpensiones aporte el real y verdadero expediente administrativo o historial en el que se encuentran todas las actuaciones y pruebas que dieron tugar a la expedición de las resoluciones referenciadas.

Reconocimiento de la pensión de sobreviviente: manifiesta que sí debe accederse al reconocimiento de la pensión de sobreviviente, puesto que, para reunir las 300 semanas es necesario tener en cuenta los tiempos acumulados con el Municipio de Turbaco. De lo anterior se desprende y clarifica, que si bien el causante falleció bajo la vigencia de la ley 100 de 1993, a la fecha de tal suceso ya estaban debidamente acreditadas las 300 semanas que exigía la normatividad inmediatamente anterior a la vigente en ese momento.

3.5 ACTUACIÓN PROCESAL.

El proceso en referencia fue repartido ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 02 de marzo de 2020¹⁰, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 24 de noviembre de 2020¹¹ y, en la misma providencia se corrió traslado para alegar de conclusión.

⁹ Fols. 175-180 Cdno 1

¹⁰ Folio 2 Cdno 2

¹¹ Folio 4 Cdno 2

13-001-33-33-002-2018-00007-01

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1 Parte demandante: No presentó escrito de alegatos.

3.6.2 Parte demandada: No presentó escrito de alegatos.

3.6.3. Ministerio Público: No presentó concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA. De igual forma se aclara que dicha competencia se circunscribe únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

5.2. Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que se debe determinar si:

¿Tiene derecho la señora Ruth del Rio de Cabarcas al reconocimiento de la pensión de sobreviviente por el fallecimiento de su esposo, el señor Libardo Cabarcas Pérez, teniendo en cuenta que este en sus últimos años laborados no cotizó en el ISS?

¿Existe inepta demanda por no haberse agotado la actuación administrativa ante el ISS o Colpensiones? ¿Puede en segunda instancia incluirse nuevas resoluciones como actos administrativos demandados?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala considera que la señora Ruth del Rio de Cabarcas no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente por el fallecimiento de su esposo, el señor Libardo Cabarcas Pérez, teniendo en cuenta que este en sus últimos años laborados no cotizó en el ISS bajo el régimen del acuerdo 049 de 1990, por el contrario, sus cotizaciones fueron en el Municipio de Turbaco, ente

13-001-33-33-002-2018-00007-01

para el cual laboró entre 1989-1995, bajo el régimen de los empleados públicos, que no contempla la existencia de la pensión de sobreviviente, sino la pensión sustitutiva para aquellos empleados que fallecen sin cumplir la edad de retiro, pero con el tiempo de servicios necesario para jubilarse.

En cuanto a Colpensiones, esta Corporación concuerda con el Juez de primera instancia en que existe inepta demanda toda vez que el acto administrativo acusado no fue expedido por él, ni intervino en el trámite del mismo. Adicionalmente, no es posible que en el trámite de segunda instancia se incluyan pruebas que no cumplen con los parámetros del artículo 212 del CPACA, y menos aún tenerlos como demandados.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1 Pensión de Sobreviviente régimen del Acuerdo 049 de 1990 y de la Ley 100 de 1993

Con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, el legislador previó a las denominadas pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional, para suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el afiliado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación.

Ahora, si bien es cierto que la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional tienen por finalidad evitar que los beneficiarios de un trabajador fallecido carezcan del apoyo económico que éste les brindaba, ambas figuras son diferentes, pues la **sustitución pensional** es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar de un pensionado o del afiliado que cumple con los requisitos legalmente exigibles para pensionarse que fallece, en tanto que la **pensión de sobrevivientes** es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar del afiliado no pensionado, que fallece sin cumplir con los requisitos mínimos para obtener la pensión.

De acuerdo con el Acuerdo 049 de 1990 se tiene lo siguiente:

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 y,
- b) Cuando el asegurado fallecido estuviere disfrutando o tenga causado el derecho a la pensión de invalidez o de vejez según el presente Reglamento.



13-001-33-33-002-2018-00007-01

ARTÍCULO 26. CAUSACIÓN Y PERCEPCIÓN DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. *El derecho a la pensión de sobrevivientes se causa cuando se reúnen los requisitos establecidos en el presente Reglamento y se reconoce y paga a partir de la fecha del fallecimiento del asegurado o del pensionado.*

ARTÍCULO 6. REQUISITOS DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. *Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:*

- a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y,
- 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

Por su parte, la Ley 100 de 1993 original, por medio de la cual se buscó unificar los sistemas pensionales en Colombia, expuso los siguiente:

“ARTICULO 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 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;*
 - b) *Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte*

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

5.4.2 Alcance del principio de la condición más beneficiosa respecto del otorgamiento de la pensión de invalidez por la ultractividad del Acuerdo 049 de 1990

Este tema ha sido ampliamente desarrollado por la Corte Constitucional a través de diversas sentencias de tutela¹², y en especial en la sentencia T- 429 de 2018 en la que expuso lo siguiente:

“Cabe resaltar que, con "la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 supuso un cambio en materia de seguridad social en el país, no obstante, en sus disposiciones no se contempló un régimen de transición para las pensiones de invalidez y de

¹² Sentencias T-735 de 2016, T-084 de 2017, T-235 de 2017 y SU-005 del 2018.



13-001-33-33-002-2018-00007-01

sobrevivientes, lo que generó dudas sobre la aplicación normativa para el reconocimiento de estas prestaciones"¹³. Por ello, la Corte Constitucional tuvo que pronunciarse mediante sentencia de unificación¹⁴, y aclarar cómo opera la posibilidad de aplicar de manera ultractiva normas sobre los requisitos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en virtud del principio de la condición más beneficiosa que, de acuerdo con la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, "se distingue porque: (i) opera en el tránsito legislativo, y ante la ausencia de un régimen de transición; (u) se debe cotejar una norma derogada con una vigente, y (iii) el destinatario posee una situación jurídica concreta, la cual es protegida, dado que con la nueva ley se le desmejora"¹⁵

Si bien en dicho proveído se unificó la jurisprudencia en relación con la aplicación de la condición más beneficiosa de manera ultractiva, ésta solo hizo referencia a los casos en los que el cotizante fallece en vigencia de la Ley 797 de 2003. Como en el presente caso el causante falleció en el año de 1996, es decir, mucho antes de la entrada en vigencia de la norma en comento, no es de aplicación literal dicho precedente jurisprudencial. No obstante, esta Sala considera importante hacer referencia a él en la medida en que desarrolla los criterios básicos para entender cómo se debe aplicar el principio de la condición beneficiosa.

Así pues, en la sentencia referida la Corte recordó que el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia establece el listado de "principios mínimos fundamentales" del trabajo "(e)stos, no solo deben irradiar la labor legislativa, sino las relaciones entre empleadores, trabajadores, afiliados y Estado. Constituyen un punto de partida básico, que puede ser objeto de un desarrollo mucho más profundo por el Legislador". Así mismo, indicó que, según el último inciso de este artículo, "(l)a ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores". De aquí la Corte ha derivado, interpretativamente, el principio de la condición más beneficiosa en materia laboral y de la seguridad social, una de cuyas aplicaciones materiales más importantes ha sido en materia pensional.

Aunado a lo anterior, la condición más beneficiosa busca proteger las expectativas legítimas de los trabajadores ante transformaciones normativas abruptas que impongan requisitos adicionales y las cuales impidan o limiten en extremo la consolidación de un derecho "frente al cual una persona tiene confianza en su consolidación". De igual forma, este principio se relaciona con otros principios constitucionales tales como la buena fe (en su expresión de confianza legítima) y la favorabilidad. En cuanto a esta última relación, la Corte Constitucional ha señalado:

¹³ en Sentencia T-346 de 2018. También puede consultarse la Sentencia T-294 de 2017 la Sala Sexta de Revisión concluyó que, sobre la aplicación normativa para el reconocimiento de pensiones de sobrevivientes "en virtud del principio de legalidad cada solicitud de pensión debe analizarse bajo el régimen vigente a su radicación. Sin embargo, también es posible evaluar las peticiones a partir de regímenes anteriores

¹⁴ Si bien la Sentencia SU-005 de 2018 unificó la jurisprudencia en relación con la aplicación de la condición más beneficiosa de manera ultractiva, ésta solo hizo referencia a los casos en los que el causante fallece en vigencia de la Ley 797 de 2003. Como en el presente caso el accionante falleció en el año de 1996, es decir, mucho antes de la entrada en vigencia de la norma en comento, no es de aplicación literal dicho precedente jurisprudencia. No obstante, si resulta importante en la medida en que desarrolla los criterios básicos para entender cómo se debe aplicar el principio de la condición beneficiosa. Por lo que, en esta oportunidad, se hará mención de dicho proveído.

¹⁵ Sala de casación Laboral, Corte Suprema de Justicia, Sentencia 40662 del 15 de febrero de 2011.



13-001-33-33-002-2018-00007-01

*"[...] la 'condición más beneficiosa' para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no solo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajoso o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla"*¹⁶

Finalmente, el principio referido, en los términos del inciso 11 del artículo 53 de la Constitución, **"es vinculante para el Legislador; de allí que exija su configuración mediante la adopción de regímenes de transición. Estos, en relación con la protección de/principio, tienen por objeto garantizarla consolidación de/as expectativas legítimas que se hubiesen creado antes de un cambio normativo. En caso de que el Legislador omita este deber de configuración, le corresponde al operador jurídico, y, en especial, al juez, en virtud de la eficacia directa de los derechos fundamentales, garantizarlo en casos concretos"**¹⁷

5.3. CASO CONCRETO

5.3.1. Hechos relevantes probados:

Las pruebas relevantes aportadas al proceso son las siguiente:

- Registro civil en el que consta que el 25 de julio de 1962, contrajeron matrimonio los señores Libardo Cabarcas Pérez y la señora Ruth María Del Rio Pájaro¹⁸.
- Formato No. 1- certificado de información laboral – en el que se hace constar que el señor Libardo Cabarcas Pérez laboró para el Municipio de Turbaco, en el cargo de Personero Municipal, en los siguientes periodos: del 15 de agosto de 1989 hasta el 31 de diciembre de 1989; y del 2 de enero de 1990 hasta el 28 de febrero de 1995. Que no se realizaron cotizaciones a ninguna entidad sin embargo se indica que la entidad responsable del periodo es el Municipio de Turbaco¹⁹.
- Oficio del 3 de noviembre de 2017, a través de la cual el Municipio de Turbaco da respuesta a la petición elevada por la accionante, informándole sobre los requisitos para la adquisición de una pensión de vejez en el régimen de prima media y de ahorro individual; y le indica a la solicitante que ella no cumple con los requisitos para obtener ninguna de las dos pensiones²⁰.
- Declaraciones de las señoras Clementina Isabel Palencia Rivas y Ruth Villa de Galarza, rendida el 12 de febrero de 2013 ante el Juzgado Cuarto Laboral

¹⁶ Cfr. Sentencia C-168 de 1995.

¹⁷ Cfr. Sentencia SU-005 de 2018.

¹⁸ Folio 9

¹⁹ Folio 10

²⁰ Folio 11-12

13-001-33-33-002-2018-00007-01

de Descongestión del Circuito de Cartagena²¹. En dichos testimonios las declarantes manifiestan conocer a la demanda y a su esposo, indican que esta dependía económicamente de él y que tuvieron 2 hijas.

- “Sentencia” dictada por el Tribunal Superior del Cartagena – Sala Laboral- de fecha 29 de julio de 2016, por medio de la cual resolvieron declarar la nulidad absoluta del proceso adelantado por la señora Ruth María Del Rio Pájaro, por ser competencia de la jurisdicción Contenciosa Administrativa, y se ordenó el envío del expediente a la Oficina Judicial a fin de que fuera repartido entre los jueces de esta jurisdicción²².
- Historia laboral registrada en Colpensiones a nombre del señor Libardo Cabarcas Pérez, en la que se da cuenta que el mismo tenía 273 semanas cotizadas con entidades privadas en los años 1969, 1970, 1972, 1973, 1982, 1985 y 1986 con un total de 273 semanas²³.

5.5.2 Análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

5.5.2.1 De la Legitimación de Colpensiones para comparecer al proceso en calidad de demandado - inepta demanda no agotamiento de la actuación administrativa.

En el caso de morras se demanda la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio del 3 de noviembre de 2017, por medio del cual el Municipio de Turbaco le niega a la accionante el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes causada por su esposo el señor Libardo Cabarcas Pérez. Como consecuencia de la anterior, solicita que se condene a la demandada al reconocimiento y pago indexado de pensión de sobreviviente a favor de la actora, en los términos de los artículos 6º y 25 de Decreto 758 de 1990 y el Acuerdo 049 de 1990.

En la sentencia de primera instancia, el Juez a quo declaró la inepta demanda, puesto que en este proceso se vinculó, como parte accionada a Colpensiones, entidad frente a la cual no se había solicitado el reconocimiento de la pensión en cuestión. A su turno, la parte actora solicitó que se revocara la decisión en cuestión, alegando que en la etapa de alegatos se aportaron pruebas que indicaban que la señora Ruth Del Rio sí había agotado la actuación administrativa ante Colpensiones, por lo tanto, solicitó que, como prueba de oficio, se ordenara a Colpensiones que aportara al plenario el

²¹ Folio 13-15

²² Folio 20-29

²³ Folio 57-60



13-001-33-33-002-2018-00007-01

expediente administrativo completo en el que conste la resolución emitida por dicha entidad, negando el derecho a la accionante.

Teniendo en cuenta lo anterior, lo primero que debe sentado este Tribunal, es que las oportunidades probatorias se encuentran taxativamente determinadas en la norma; en ese sentido el artículo 212 del CPACA, establece que, para que las pruebas puedan ser apreciadas por el juez, las mismas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en este Código. En ese sentido se tiene que, en primera instancia, son oportunidades para aportar o solicitar la práctica de pruebas: la demanda y su contestación; la reforma de la misma y su respuesta; la demanda de reconvención y su contestación; las excepciones y la oposición a las mismas; y los incidentes y su respuesta, en este último evento circunscritas a la cuestión planteada. En segunda instancia solo es procedente decretar pruebas: cuando las partes las pidan de común acuerdo; cuando decretadas en la primera instancia; se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió; cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia; cuando se trate de pruebas que no pudieron solicitarse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria y cuando con ellas se trate de desvirtuar las pruebas de que tratan los numerales 3 y 4 de la norma.

En ese sentido se tiene que, como primera medida, la etapa de alegatos no es la oportunidad para aportar pruebas al proceso, por lo tanto las documentales allegadas no pueden ser tenidas en cuenta por el Despacho a la hora de fallar; segundo, no es procedente decretar las pruebas solicitadas por la actora en segunda instancia, como quiera que no se cumple con ninguna de las condiciones de que trata el artículo 212 del CPACA.

En ese orden de ideas, se tiene que, la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Cuarto Laboral de Descongestión del Circuito de Cartagena²⁴, aportada en la etapa de alegatos, ya era conocida por la accionante desde antes de la presentación de la demanda, como quiera que así lo manifiesta en los hechos de la misma²⁵; en dicha providencia el Juzgado de conocimiento hace referencia al aporte del expediente administrativo por parte del ISS, además menciona que dicha entidad se había pronunciado de manera negativa frente a la petición de reconocimiento pensional de la accionante, mediante Resolución No. 00241 del 16 de enero de 2008²⁶, lo anterior quiere decir que, dentro del expediente ordinario laboral reposaba la resolución en cuestión, por lo tanto, debe concluirse que ésta era de

²⁴ Folio 118-130

²⁵ Folio 3 hecho #7

²⁶ Folio 120

13-001-33-33-002-2018-00007-01

conocimiento de la actora con anterioridad a la presentación de esta demanda²⁷ y, por lo tanto, debió ser aportarla al proceso con la demanda conforme lo establece el artículo 162 del CPACA.

Por otra parte, dicho acto administrativo también debió ser demandado en esta Jurisdicción, para que así, el Despacho del Juez Administrativo pudiera emitir un pronunciamiento frente a él; sin embargo, ello no se hizo, lo que genera una inepta demanda, como quiera que no se individualizaron concretamente los actos demandados. En consecuencia, no existen actuaciones emitidas por Colpensiones sobre las cuales esta Judicatura pueda ejercer control legal. Así las cosas, no tiene razón de ser la vinculación de Colpensiones en el asunto.

Es pertinente aclarar también, en esta oportunidad, que la falencia de no haber demandado la Resolución No. 00241 del 16 de enero de 2008²⁸, no puede ser subsanada con una petición de pruebas, puesto que, en esta etapa procesal dicho acto administrativo no puede ser tenido como acto demandado solamente por su integración al expediente, pues ello vulneraría el derecho de defensa a la parte accionada - Colpensiones — quien no ejerció su defensa en primera instancia, frente a los argumentos expuestos en la resolución mencionada.

Teniendo en cuenta lo anterior, se confirma la sentencia de primera instancia frente a este aspecto.

5.5.2.2 Del estudio frente al reconocimiento de la pensión de sobreviviente.

En este caso, la parte actora solicita que se aplique el principio de la condición más beneficiosa, y en consecuencia se reconozca la pensión de sobreviviente en virtud del Acuerdo 049/90, aprobado por el Decreto 758 de 1990, según el cual, es procedente el reconocimiento de la prestación por muerte, con la acreditación de 300 semanas de aportes en toda la vida laboral o 150 semanas en los 6 años anteriores a la muerte. Dicha disposición se utiliza de manera excepcional y ultractiva, en los eventos en los que el afiliado fallece en vigencia de la Ley 100/93 (el 30 de junio de 1995²⁹), sin cumplir con los

²⁷ Lo anterior, teniendo en cuenta que, si bien en el proceso se desconoce la fecha de la sentencia en mención, se tiene que la misma fue apelada y el 29 de julio de 2016 el Tribunal Superior del Cartagena - Sala Laboral-, resolvió declarar la nulidad absoluta del proceso adelantado por la señora Ruth María Del Río Pájaro, por ser competencia de la jurisdicción Contenciosa Administrativa. Luego, el 18 de enero de 2018, la señora Ruth María Del Río Pájaro, presentó esta nueva demanda en la jurisdicción contenciosa.

²⁸ Que se encuentra parcialmente aportada al proceso a folio 142

²⁹ **ARTÍCULO 151. Vigencia del Sistema General de Pensiones.** El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 10. de abril de 1994. No obstante, el Gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente Ley, a partir de la vigencia de la misma.

13-001-33-33-002-2018-00007-01

requisitos necesarios para la pensión de sobreviviente que dicha norma consagra.

De las pruebas aportadas al plenario, se tiene que los señores Libardo Cabarcas Pérez y la señora Rut María Del Rio Pájaro contrajeron matrimonio el 25 de julio de 1962, según consta en el Registro civil aportado al proceso³⁰.

En este punto debe resaltar la Sala, que al proceso no se allegó el registro civil de defunción del señor Libardo Cabarcas Pérez, por lo tanto, este Tribunal desconoce cuál es la fecha cierta de su fallecimiento. En la sentencia de primera instancia, el Juez a quo expone que la fecha de muerte fue el **4 de junio de 1999**, pues así se extrae de las sentencias emitidas en el proceso ordinario laboral³¹, pero lo cierto es que en el expediente no existe una fecha certera de cuándo ocurrió la muerte del señor Libardo Cabarcas Pérez, toda vez que en la demanda se indica que la misma ocurrió el 25 de diciembre de 2004³². En todo caso, cualquiera de las dos fechas mencionadas, corresponden a años posteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100/93.

En cuanto a los tiempos laborados por el señor Libardo Cabarcas Pérez, se tiene que el mismo cuenta con un número de **273 semanas cotizadas al ISS** con entidades privadas en los años 1969, 1970, 1972, 1973, 1982, 1985, 1986³³, según se advierte en la historia laboral registrada en Colpensiones.

Que, con el Municipio de Turbaco también laboró en el cargo de Personero Municipal, en el periodo comprendido entre el **15 de agosto de 1989 hasta el 28 de febrero de 1995**, para un total de 5 años, 6 meses y 14 días, para un aproximado de **288 semanas**³⁴. Sin embargo, estos periodos no fueron cotizados en el SS, y ello tiene su razón de ser en el hecho de que los servidores públicos no estaban obligados a cotizar a dicha entidad administradora de pensiones, sino que podían hacerlo a las respectivas cajas de compensación que para ello hubiera lugar.

De otro lado se tiene que, en el Formato No. 1- certificado de información laboral - se constata que al señor Libardo Cabarcas Pérez no se realizaron cotizaciones a ninguna entidad de previsión, pero indica que la entidad responsable de dichos periodos es el Municipio de Turbaco³⁵. Se resalta en esta instancia que, durante el periodo laborado en el Municipio de Turbaco el señor

PARÁGRAFO. El Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha que sí lo determine la respectiva autoridad gubernamental.

³⁰ Folio 9

³¹ Folio 24

³² Folio 3

³³ Folio 57-60

³⁴ Folio 10

³⁵ Folio 10



13-001-33-33-002-2018-00007-01

Cabarcas Pérez no estuvo afiliado al ISS, por lo tanto no puede concluirse que el régimen a él aplicable en términos de la condición más beneficiosa, por ser el anterior a la Ley 100/93, sea el Acuerdo 049 de 1990.

Así las cosas, encuentra esta judicatura que el régimen anterior, que cobijaba al señor Libardo Cabarcas, no era el consagrado en el Acuerdo 049/90, toda vez que en el año 1989-1995 este trabajó con el Municipio de Turbaco en calidad de Personero Municipal y, por lo tanto, su régimen jurídico era el aplicable a los empleados públicos, es decir, la Ley 33/73³⁶ y el Decreto 1160 de 1989. En consecuencia, en el evento en el que se dispusiera la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, éste debería aplicarse frente al régimen anterior del causante, ello es, el consagrado en las leyes a Ley 33/73 y el Decreto 1160 de 1989³⁷, no el del Acuerdo 049/90.

De lo anterior se concluye que: (i) a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100/93 el señor Cabarcas Pérez no estaba afiliado al ISS; (u) los tiempos laborados con el Municipio de Turbaco no fueron abonados al ISS (iii) el régimen pensional del actor, por ser empleado público era el regulado por la Ley 33/73³⁸ y el Decreto 1160 de 1989, lo que impide la aplicación de la condición más beneficiosa fuera sobre dichas normas y no sobre el Acuerdo 049/90.

Por otro lado, si en gracia de discusión se admitiera que el régimen anterior a la Ley 100/93, aplicable al actor, fuera el Acuerdo 049/90, y que los tiempos cotizados en la caja de previsión (o que están en poder del Municipio de Turbaco), se pudieran sumar a los tiempos del ISS, para efectos de completar las 300 semanas de cotización antes del 1 de abril de 1994, tampoco

³⁶ Ley 33/73 -Artículo 10.- Fallecido un trabajador particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o un empleado o trabajador del sector público, sea este oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia.

³⁷ **Artículo 5º. Sustitución pensional.** Hay sustitución pensional en los siguientes casos: a) Cuando fallece una persona pensionada o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez;

b) Cuando fallece un trabajador particular o un empleado o trabajador del sector público después de haber completado el tiempo de servicios requerido por la ley, convenciones o pactos colectivos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación.

De lo anterior concluye que, quien pretenda el reconocimiento de una pensión post mortem tiene la obligación de acreditar que la persona fallecida se encontraba pensionada o en su defecto tenía derecho a la mencionada, no obstante, en el presente caso el fallecido no laboró el total de los veinte (20) años que establecen las normas pensionales aplicables para acceder a ese derecho, por lo tanto, se imposibilitó su reconocimiento. Referente a la segunda excepción, solicito que sea declarada en el evento de encontrarse probado cualquier otro hecho.

³⁸ **Ley 33/73 -Artículo 1º.-** Fallecido un trabajador particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o un empleado o trabajador del sector público, sea este oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia.



13-001-33-33-002-2018-00007-01

procedería en este evento el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, en la medida en que ésta se le está exigiendo es al Municipio de Turbaco, entidad a la cual no se le puede aplicar el Acuerdo 049/90 pues dicha norma es privativa de los empleados afiliados al ISS, cuyas pensiones en la actualidad son reconocidas por Colpensiones.

Sobre este aspecto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, en sentencia del 28 de agosto de 2014, expuso varios puntos importantes a tener en cuenta en esta oportunidad, así:

"6. RÉGIMEN PENSIONAL DEL ACUERDO 049 DE 1990: DE APLICACIÓN EXCEPCIONAL

Se trata aquí de determinar las hipótesis en las que resulta aplicable el Acuerdo 049 de 1990, expedido el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios y aprobado por el Gobierno mediante Decreto 758 de 1990, mediante el cual se estableció el régimen del seguro social obligatorio de vejez, muerte e invalidez, aplicable a los particulares por regla general.

Conforme al artículo 1º del acuerdo, eran sujetos obligatorios del seguro social de origen no profesional:

1. En forma forzosa: a) Los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a **patrones particulares** mediante contrato de trabajo o de aprendizaje; b) **Los funcionarios de seguridad social del Instituto de Seguros Sociales** y, c) Los pensionados por jubilación cuyas pensiones vayan a ser compartidas con las pensiones de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales o asumidas totalmente por él.
2. En forma facultativa: a) Los trabajadores independientes; b) Los sacerdotes diocesanos y miembros de las Comunidades Religiosas y, **c) Los servidores de entidades oficiales del orden estatal que al 17 de julio de 1977 se encontraban registradas como patronos ante el ISS.**
3. Otros sectores de población respecto de quienes se amplíe la cobertura del régimen de los seguros sociales obligatorios.

De manera que, en lo que interesa al caso concreto, los únicos servidores públicos que obligatoriamente estaban sometidos al régimen del seguro social obligatorio, eran



13-001-33-33-002-2018-00007-01

aquéllos denominados funcionarios de seguridad social³⁹, categoría correspondiente a los servidores vinculados al iSS mediante relación legal y reglamentaria⁴⁰.

Sin embargo, algunas entidades públicas facultadas, optaron por afiliar a sus empleados al iSS, a quienes por consiguiente, también les resultaba aplicable el régimen establecido en el Acuerdo 049 de 1990.

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se derogó el régimen pensional del Acuerdo 049 de 1990, al igual que los demás regímenes pensiono/es aplicables al sector público, **sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes causaron el derecho pensional antes de la vigencia de aquélla, y del régimen de transición previsto en el artículo 36 ibídem, (...).**

Así por ejemplo, en la sentencia de 17 de julio de 2013 (radicado 44363) la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. MP. Carlos Ernesto Molina Monsalve, reconoció una pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de una persona que estuvo vinculada al /SS y al momento de su muerte había satisfecho el número de semanas exigidas por el Acuerdo 049 de 1990, en los siguientes términos:

“No se discute en esta litis que el causante durante su vida laboral acumuló 68 1,4286 semanas cotizadas, antes de la entrada en vigencia de la L. 100/1993, específicamente en el período comprendido entre el 1° de enero de 1967 y el 19 de febrero de 1981, aunque en el año inmediatamente anterior al momento de la muerte, que se produjo el 15 de octubre de 1994, no tenía ninguna semana cotizada y por tanto no reunió las 26 semanas de cotización en ese lapso, exigidas por la norma vigente para la fecha del fallecimiento, L. 100/1993 Art. 46.

³⁹ Los trabajadores vinculados a dicha entidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 4° del Decreto 2324 de 1948, ostentaron la condición de trabajadores particulares. Posteriormente, a través del Decreto 433 de 27 de marzo de 1971, se dispuso que el ISS era una entidad de derecho social, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Dicho cambio de naturaleza generó, con la expedición del Decreto 1654 de 1977, la existencia en dicha institución de una categoría especial de empleados denominados funcionarios de la seguridad social, correspondientes a aquellos que desempeñaran cargos asistenciales y administrativos. Posteriormente, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 413 de 1980, existió la condición de empleados públicos y funcionarios de la seguridad social. En el año 1992 se dio otro cambio fundamental en la naturaleza del Instituto, pues de conformidad con lo ordenado por el Decreto 2148 de 1992, se convirtió en una Empresa Industrial y Comercial del Estado. Esta condición determinó que luego, con ocasión del estudio de constitucionalidad del parágrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-579 de 1996, declarara la inexequibilidad de dicha categoría en una empresa que, como se anotó, pasó a ser Industrial y Comercial del Estado, cuyo régimen determina que por regla general los servidores vinculados son trabajadores oficiales. Solo a partir de la vigencia del Decreto 1750 de 2003, los antiguos funcionarios de la seguridad social pasaron a ser empleados públicos, por cuenta de la escisión de la vicepresidencia del SS y la creación de las ESE's.

⁴⁰ Decreto 1651 de 1977, artículo 30. ARTICULO 30. DE LOS SERVIDORES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Serán empleados públicos de libre nombramiento y remoción, el Director General del Instituto, el Secretario General, los subdirectores y los Gerentes Seccionales de la entidad. Tales empleados se sujetarán a las normas generales que rigen para los funcionarios de la Rama Ejecutiva del Poder Público. (...) Los funcionarios de seguridad social estarán vinculados a la administración por una relación legal y reglamentaria de naturaleza especial, que les confiere el derecho a celebrar colectivamente con el Instituto Convenciones para modificar las asignaciones básicas de sus cargos.



13-001-33-33-002-2018-00007-01

*Sin embargo, en este asunto tiene plena cabida la denominada <condición más beneficiosa>, por razón de que esta Corporación ha adoctrinado, **que un afiliado al régimen del Instituto de los Seguros Sociales, que tenga en su haber el número y densidad de semanas exigidas por el A.049/ 1 990, Arts. 60, 25 y 27, aprobado por el D. 758 del mismo año, tiene derecho a que se le aplique dicho principio consagrado en la C.N. Art. 53, a fin de definir su situación pensional respecto de sus beneficiarios, aunque fallezca en vigor de la nueva ley de seguridad social y no cumpla con el requisito de la L.100/1993, Art. 46, relativo a las 26 semanas cotizadas al sistema para el momento de la muerte o dentro del último año, como en este caso ocurre.***

*En lo concerniente a las dos hipótesis sobre semanas cotizadas que contiene la normatividad que antecede a la nueva ley de seguridad social (A.049/1990, Arts. 61, 25 y 27), **la Corte tiene establecido que aquella que tiene que ver con las 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, ese número debe estar satisfecho para el momento en que comenzó a regirla Ley 100 de 1993, o sea antes del 1º de abril de 1994; en cambio frente al otro supuesto de la norma, relativo a una densidad de semanas aportadas al ISS equivalente a 150 "dentro de los seis años anteriores a la muerte del afiliado", la Sala fijó el criterio consistente en que este requisito para efectos de la aplicación de la condición más beneficiosa cuando el deceso acontece en imperio de la Ley 100 de 1993, se debe considerar cumplido contabilizando esos seis años pero desde el 1º de abril de 1994** hacia atrás, es decir remontándose en el tiempo hasta el 10 de abril de 1988. Y además es menester que el asegurado también tenga en su haber esa misma densidad de semanas (150) en los seis años que anteceden al fallecimiento, en el entendido de que el suceso de la muerte ocurriera antes del 10 de abril de 2000 (Sentencias de la CSJ Laboral, 26 de septiembre y 4 de diciembre de 2006, Rad. 29042 y 28893, respectivamente)."*

En el mismo sentido, y no obstante las reformas orientadas a su desmonte⁴¹, también los beneficiarios del régimen de transición -y los beneficiarios de éstos- afiliados del ISS, conservaron el derecho a obtener las pensiones con arreglo a las previsiones de dicho acuerdo, a en aplicación del principio de la condición más beneficiosa. (...)

También la Corte Constitucional ha reconocido la posibilidad de que quienes estuvieron afiliados al seguro social, y por consiguiente, son beneficiarios del régimen establecido en el Acuerdo 049 de 1990, por virtud de la transición, acumulen los aportes que hubieren realizado a las cajas de previsión social, para efectos de completarlos requisitos exigidos por el acuerdo en orden a acceder a la pensión de vejez, bajo la consideración de que no existe en aquél ninguna disposición que exija fidelidad en la cotización⁴², y así ha estimado que "se vulneran /os derechos fundamentales de las personas que, a pesar de cumplir el requisito de 1000 semanas de cotización y la edad, según la regulación del artículo 12 de/Acuerdo 049 de 1990, se les niega la pensión de vejez bajo el argumento de la exclusividad de cotizaciones al ISS. Así, de acuerdo con la ratio decidendi reiterada por la Corte Constitucional para decidir estos casos, es posible la acumulación de semanas cotizadas al ISS y a otras entidades de previsión social existentes antes de 1993 para otorgar pensiones de vejez bajo Acuerdo 049 de 1990, en aplicación del régimen de transición, bajo el supuesto del cumplimiento de los requisitos de las 1000 semanas de cotización y la edad requerida"⁴³.

⁴¹ Ley 797 de 2003- A. L. 01 de 2005.

⁴² T-090 de 2009, T-398 de 2009, T-583 de 2010, T-093 de 2011, T-1334 de 2011, T-599 de 2011.

⁴³ T-201 de 2012 MP. Nilson Pinillo



13-001-33-33-002-2018-00007-01

En todo caso, debe advertirse que en estas hipótesis, la aplicación del Acuerdo 049 tiene como premisa que la entidad a cuyo cargo esté el reconocimiento pensional corresponda al ISS, precisamente por tratarse de un reglamento privativo, aplicable a sus afiliados; de ahí que la Corte Suprema de Justicia haya orientado, por ejemplo, que "resulta impertinente pedirle a la Caja Nacional de Previsión Social que reconozca las prestaciones estatuidas en el Acuerdo 049 de 1990, por cuanto esta disposición es propia de los reglamentos del Instituto de Seguros Sociales. ⁴⁴"

Por ello, debe concluirse que la posibilidad de aplicar el Acuerdo 049 de 1990, se limita a aquellos servidores públicos o sus beneficiarios que durante su vinculación estuvieron afiliados al ISS y que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 habían causado los derechos -pensionales- que dicho acuerdo consagro, bajo las condiciones que el mismo establece, o con posterioridad a ella si estuvieran cobijados por el régimen de transición". "

De lo antes expuesto se tiene que, si bien se ha admitido la acumulación de tiempos cotizados en cajas de previsión y en el ISS, para efectos del reconocimiento de pensiones con el Acuerdo 049/90, el mismo solo procede cuando dicho reconocimiento quede a cargo del ISS hoy Colpensiones, toda vez que el Acuerdo 049/90 es una norma orientada para tener aplicación a las pensiones reconocidas por dicho instituto.

En el caso de marras, lo perseguido por la parte actora es que el Municipio de Turbaco sea quien reconozca la pensión en comento, toda vez que contra dicho municipio fue que se orientó la demanda, en ese sentido se tiene que, si bien la accionante otorga poder para que se demande a Colpensiones y al Municipio de Turbaco, en la demanda solo se refiere a este último como el ente demandando; además, conforme con la respuesta al derecho de petición presentado por la señora Ruth del Rio, la solicitud de pensión estaba dirigida era al municipio, no a Colpensiones⁴⁵.

Así las cosas, en consideración a lo anterior, no es factible acceder al derecho pretendido, como quiera que no es el ISS Colpensiones a quien se le exige la pensión, sino al Municipio de Turbaco y, conforme con lo ya explicado, corresponde a una impertinencia ordenar a un ente público como el mencionado, dar aplicación a una norma que no fue creada para él.

En orden de lo expuesto, considera la Sala que no le asiste razón a la parte actora en sus argumentos, por lo que debe confirmarse la sentencia de primera instancia que negó la

⁴⁴ C.S.J., Sala de Casación Laboral, MP. Gabriel Miranda Buelvas, sentencia de 21 de junio de 2011, exp. 37.619

⁴⁵ Fue la juez de primera instancia que al admitir la demanda lo hizo contra los dos entes, sin percatarse de que el demandado en este asunto solo era el Municipio de Turbaco (folio 30-32)



13-001-33-33-002-2018-00007-01

5.6 De la condena en costa.

El artículo 18 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil". A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En este evento, como quiera que el recurso de apelación fue desfavorable a quien lo interpuso - la parte demandante -, este Tribunal la condenará en costas. Las cuales deberán ser liquidadas por el juez de primera instancia conforme lo establece el artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

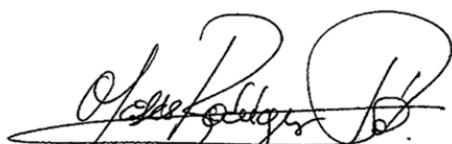
SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS, en segunda instancia a la parte actora, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala virtual No.046 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ