

Cartagena de Indias D.T. y C., veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-007-2018-00128-01
Demandante	AMIRA NACIRA DUMAR DE HERAZO
Demandado	UGPP
Tema	<i>Reconocimiento de pensión de sobreviviente- Cónyuge falleció antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, sin el cumplimiento de requisitos para acceder a la pensión de jubilación- Retrospectividad de la norma- La norma aplicable para resolver las peticiones pensionales de sobrevivientes es la vigente a la muerte del causante.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 002¹ del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 21 de marzo de 2019 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió denegar las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que corresponda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA²

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, la señora AMIRA NACIRA DUMAR DE HERAZO, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP-, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

¹Esta decisión se toma virtualmente en 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 1-18 cdno 1

3.1.1. Pretensiones³.

En ejercicio de la presente acción, la demandante elevó las siguientes pretensiones:

1. *Que se declare la nulidad absoluta del acto administrativo Resolución No. RDP 022812 del 31 de mayo de 2017 mediante el cual se negó el reconocimiento de una pensión de vejez post mortem en favor de mi representada la señora Amira Dumar de Herazo Bitar.*
2. *Que se declare la nulidad absoluta del acto administrativo contenido en el auto No. ADP 007433 del 28 de septiembre de 2017 mediante el cual se rechazó el recurso de apelación impetrado en contra de la Resolución No. RDP 022812 del 31 de mayo de 2017.*
3. *Que se declare la nulidad absoluta del acto administrativo contenido en la Resolución No. RDP 047948 del 22 de diciembre de 2017 mediante la cual se resolvió declarar infundado el recurso de queja impetrado en contra del auto ADP 007433 del 28 de septiembre de 2017 y fue confirmado en todas y cada una de sus partes.*
4. *Que en consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP a reconocer y pagar a la sra. Amira Dumar de Herazo Bitar una pensión de sobrevivientes conforme lo establecido en la Ley 100 de 1993 en atención al fallecimiento de su cónyuge el sr. JORGE ANTONIO HERADO BITAR (Q.E.P.D.).*
5. *Que a título de restablecimiento del derecho se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP a reconocer y pagar a la sra. Amira Nacira Dumar de Herazo Bitar las mesadas pensionales causadas de manera retroactiva a partir de que se causó el derecho a la pensión de sobrevivientes.*
6. *Que se ordene reconocer la pensión de sobrevivientes debidamente indexada.*
7. *Que se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP al pago de costas y agencias en derecho.*

³ Fols. 4-5 Cdno 1.

3.1.2. Hechos⁴.

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

Indica la demandante que el señor Jorge Herazo Bitar laboró al servicio de la Contraloría General de la Republica desde el 16 de noviembre de 1964 al 31 de agosto de 1965, realizando aportes a CAJANAL, de igual forma, laboró en el sector privado para banco Bancolombia entre el 17 de septiembre de 1966 al 15 de marzo de 1968; Exxon Mobil desde el 10 de octubre de 1968 al 8 de octubre de 1969, empresas que no realizaron los aportes a pensión por no existir a su juicio tal obligación. Aduce que trabajó posteriormente para la Electrificadora de Córdoba desde 1971 al 1985, por lo que solicitó al Ministerio de Energía y Minas certificación del tiempo de servicio y aportes realizados, indicándole que no se encontró en su base de datos archivo alguno sobre su historia laboral. El señor Jorge Herazo laboró entre los años 1985 a 1987 al servicio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la DIAN sede Cartagena, realizando aportes a Cajanal. Relaciona que las cotizaciones realizadas a Cajanal suman un total de 110,857 semanas.

El señor Herazo Bitar, contrajo matrimonio con la actora el 21 de octubre de 1967 en el Municipio de Sahagún, unión de la cual nacieron tres hijos y falleció el 16 de abril de 1987 en la ciudad de Cartagena.

El 2 de marzo de 2017 la señora Dumar de Herazo, solicitó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente en virtud al cumplimiento de requisitos establecidos en el art. 46 de la Ley 100 de 1993, solicitud que fue resuelta mediante Resolución RDP 022812 del 31 de mayo de 2017 de manera desfavorable argumentando que el señor Jorge Herazo no cumplía las condiciones exigidas en la Ley 33 de 1985, esto es, los 55 años de edad y 20 años de servicios, por otro lado la demandante no cumple los presupuestos exigidos en la Ley 12 de 1975 para acceder a la sustitución pensional, por ultimo determinó que la pensión de sobreviviente reclamada no podría reconocerse con fundamento en la Ley 100 de 1993, porque dicha normativa fue creada con posterioridad al fallecimiento del señor Herazo.

⁴ Fols. 1-4 Cdno 1

13-001-33-33-007-2018-00128-01

Afirma que, el 7 de agosto de 2017 interpuso recurso de reposición en subsidio apelación contra la resolución anterior, el cual fue rechazado mediante auto No. ADP 007433 del 28 de septiembre de 2017, indicando la extemporaneidad de su presentación, razón que la llevó a interponer recurso de queja el 8 de noviembre del mismo año, el cual resolvió la entidad a través de la Resolución No. RDP 047948 del 22 de diciembre de 2017 declarando infundado el mismo y confirmando en su totalidad las decisiones anteriores.

Finalmente manifiesta que es una persona de especial protección y, que el señor Jorge Herazo cotizó al sistema de seguridad social en el último año anterior a su fallecimiento más de las 26 semanas requeridas en el art. 46 de la Ley 100 de 1993, para reconocer en favor de la beneficiaria la pensión de sobreviviente.

3.1.3. Normas violadas y concepto de violación:

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

- Constitución Política Art.s 1,2,4,6,29,46 y 48
- Ley 100 de 1993 arts. 2,10,46,47 y 48
- Ley 1437 de 2011 arts. 102

Afirma que vulnera la entidad accionada con el acto demandado los principios que cobija el estado social de derecho, no garantizándole a la demandante sus derechos sociales, desconociendo derechos como la igualdad, el debido proceso, la seguridad social, y protección de la tercera edad, toda vez que la UGPP ha reconocido en casos similares la pensión de sobreviviente.

Indica que se vulnera el art. 102 de la Ley 1437 de 2011, referente a la extensión de la jurisprudencia al no darle aplicación a la jurisprudencia traída a colación del Consejo de Estado, en la que se indican los presupuestos fácticos y jurídicos para el reconocimiento de la prestación reclamada.

En cuanto a la vulneración de las normas legales las mismas indican que, los empleados oficiales que laborasen en un espacio de 20 años, al cumplir los 55 años de edad tendrían derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación al 75% de lo devengado en el último año. Situación que no fue cumplida por

13-001-33-33-007-2018-00128-01

el señor Jorge Herazo, pero que conforme a la jurisprudencia se le debe aplicar la norma más beneficiosa y posterior que en este caso es la Ley 100/1993.

3.2. CONTESTACIÓN.

3.2.1. UGPP⁵

La entidad manifiesta en la contestación de la demanda, que se opone a la totalidad de las pretensiones, teniendo como ciertos solo los hechos relacionados a la expedición de los actos demandados.

Aduce que los actos demandados se encuentran motivados, indicando que la fecha de fallecimiento del causante determina el régimen aplicable y los requisitos para acceder al reconocimiento que para el caso concreto es la Ley 12 de 1975 y Decreto 1848 de 1969, asevera que la demandante no acreditó el tiempo de servicio establecida en la Ley 100 de 1993, pues no cumplió con los 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el ISS y en una o varias entidades de previsión social del sector público.

En cuanto a la pensión de sobreviviente, manifiesta que el causante no dejó causado el derecho a la pensión de vejez, tampoco le es procedente el reconocimiento a la pensión de sobrevivientes, por lo que solo se hace acreedora a una indemnización la cual ya fue otorgada a la demandante.

Finalmente, manifiesta que no le es aplicable la Ley 100 de 1993 por ser creada con posterioridad a la fecha del fallecimiento del causante esto es, 01 de abril de 1994, por lo cual no es posible su aplicación retroactiva.

Como excepciones propuso: (i) prescripción; (ii) Inexistencia de la causa pretendi y cobro de lo no debido; (iii) falta del derecho para pedir; (iv) buena fe; (v) inexistencia de la indexación y, (vi) la genérica.

⁵ Fols. 37-45 cdno 1

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

Por medio de providencia del 21 de marzo de 2019, el Juez Séptimo Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, denegando las pretensiones de la demanda.

Resolvió declarar la nulidad de los actos administrativos contenidos en el Auto No. ADP 007433 del 28 de septiembre de 2017, mediante el cual se rechazó el recurso de apelación interpuesto por la demandante en contra de la Resolución No. RDP 047948 del 22 de diciembre de 2017, por cuanto no se pudo demostrar por parte de la entidad demandada que se hubiese realizado en debida forma el 17 de julio de 2017 la notificación de la Resolución RDP 022812 del 31 de mayo de 2017, mediante la cual se le negó la pensión de sobreviviente a la actora, por lo que concluyó que el recurso de alzada estuvo mal rechazado por parte de la UGPP, por lo que entró a estudiar en vía judicial si la demandante tendría derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente en los términos solicitados, esto es, la Ley 100 de 1993.

Respecto de lo anterior, determinó que la demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente como beneficiaria de su fallecido esposo, en aplicación al art. 46 de la Ley 100 de 1993, puesto que el fallecimiento del señor Jorge Herazo Bitar se produjo el 16 de abril de 1987, cuando aún, no se encontraba vigente la Ley 100 de 1993, por consiguiente, no es posible aplicar dicha normativa sobre situaciones jurídicas que se consolidaron con anterioridad a su vigencia, fundamentando este último en la sentencia de unificación del Consejo de Estado CE-SUJ-SII-009-2018.

En esa medida, declaró nulo los actos administrativos que rechazaron el recurso de apelación en la etapa administrativa, pero no accedió al reconocimiento de la pensión de sobreviviente solicitada.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁷

Por medio de escrito del 04 de abril de 2019 la demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, aduciendo que al no encontrarse vigente la Ley 100 de 1993, al momento del fallecimiento del señor

⁶ Fols. 75-82 Cdo 1.

⁷ Fols. 155-157 Cdo 1.

13-001-33-33-007-2018-00128-01

Herazo Bitar, no hay lugar a aplicar tal norma a una situación jurídica que antecedió a la creación de la norma de la cual se pretende la aplicación.

Indica que el A-quo desconoció el art. 288 de la Ley 100 de 1993, el cual establece que a la vigencia de dicha ley le será aplicable cualquier norma en esta contenida, siempre que resulte más favorable ante el cotejo con lo dispuesto en normas anteriores, entendiéndose como el principio de la aplicación de la condición más beneficiosa, mas no el principio de favorabilidad.

Estableció que en la demanda se dejó sentada, que para el momento en que falleció el señor Jorge Herazo Bitar, no existía la posibilidad de reconocer a la demandante la pensión de sobrevivientes, pues para el año 1987, se podía reconocer la sustitución pensional si, el derecho a la pensión de jubilación se dejó causado. Finaliza, indicando que la prestación pretendida tuvo su génesis con la creación de la Ley 100 de 1993, entendiéndose que el derecho se causa a partir de la vigencia de la norma en cuestión, existiendo el transitorio legislativo necesario para aplicar la condición más beneficiosa que se regula en el art. 288 de la Ley 100 de 1993.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 27 de mayo de 2019⁸, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 11 de julio de 2019⁹; y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 8 de octubre de 2019¹⁰.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSION

3.6.1 La parte Demandada¹¹: Presentó escrito de alegatos el 25 de octubre de 2019, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia

3.6.2. La parte demandante y el Ministerio Público no presentaron los escritos correspondientes.

⁸ Fol. 3 Cdno 2

⁹ Fol. 5 Cdno 2

¹⁰ Fol. 9 Cdno 2.

¹¹ Fols. 12-15 cdno 2

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 es competente 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 argumentos del recurso de alzada, considera la Sala que se debe determinar si:

¿Tiene derecho la señora AMIRA DUMAR DE HERAZO al reconocimiento de la pensión de sobreviviente como beneficiaria de su esposo Jorge Herazo Bittar que falleció en el año 1987, sin cumplir los requisitos establecidos en la norma vigente al momento de su deceso para el reconocimiento de la pensión aquí solicitada; en aplicación del art. 46 de la Ley 100 de 1993, por disposición del art. 288 del mismo estatuto que consagra la condición más beneficiosa?

5.3. Tesis de la Sala

La Sala CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones con relación al reconocimiento de la pensión de sobreviviente, debido a que la norma aplicable para resolver las peticiones pensionales de sobrevivientes es la vigente a la muerte del causante, en el presente asunto el fallecimiento del señor Jorge Herazo Bittar se produjo en vigor de la Ley 12 de

13-001-33-33-007-2018-00128-01

1975 y Ley 33 de 1985, conforme a la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, en materia de pensión de sobreviviente no es posible aplicar la retrospectividad de la norma, en este caso, la Ley 100 de 1993.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. De la pensión de sobreviviente.

La pensión de sobreviviente se enmarca dentro del derecho a la seguridad social, y tiene como finalidad primordial la de satisfacer la necesidad de subsistencia económica que persiste para quien sustituye a la persona que disfrutaba de una pensión o tenía derecho a su reconocimiento una vez producido el fallecimiento de ésta, en razón a la desprotección que se genera por ésa misma causa.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-111 de 2006, al resolver una acción pública de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13, literal d), parcial, de la Ley 797 de 20031, indicó que la pensión de sobrevivientes tiene por objeto impedir que ocurrida la muerte de una persona, los miembros del grupo familiar que dependían económicamente de ella, se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales de su fallecimiento. Lo anterior, mediante la asignación de una prestación económica que suple la ausencia repentina del apoyo financiero del causante, con el fin de evitar que su muerte se traduzca en un cambio radical de las condiciones de subsistencia mínimas de los beneficiarios de dicha prestación.

La Ley 33 de 1973, "por la cual se transforman en vitalicias las pensiones de las viudas", en su artículo 1º regulaba la pensión de sobreviviente así:

"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"

Posteriormente, se expidió la Ley 12 de 1975, "por la cual se dictan algunas disposiciones sobre régimen de pensiones de jubilación", que reguló la pensión de sobreviviente así:



13-001-33-33-007-2018-00128-01

“Artículo 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 éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convenciones colectivas”.

Conforme a lo anterior, para que una persona fuera beneficiaria de una pensión de sobreviviente, el causante debía cumplir al menos con el tiempo de servicio para obtener una pensión de vejez. La Ley 113 de 16 de diciembre de 1985, “por la cual se adiciona la Ley 12 de 1975 y se dictan otras disposiciones”, señaló:

La Ley 113 de 16 de diciembre de 1985, “por la cual se adiciona la Ley 12 de 1975 y se dictan otras disposiciones”, señaló:

“Artículo 1º.- Para los efectos del artículo 1 de la Ley 12 de 1975, se entenderá que es cónyuge supérstite el esposo o esposa de la persona fallecida, siempre y cuando se hallare vigente el vínculo matrimonial según la Ley Colombiana en la fecha de la muerte.

“Parágrafo 1º.- El derecho de sustitución procede tanto cuando el trabajador fallecido estaba pensionado como cuando había adquirido el derecho a la pensión.

“Parágrafo 2º.- Si se diere el caso previsto por el numeral 12 del artículo 140 del Código Civil, sólo tendrá derecho a la pensión de jubilación el hombre o la mujer con quien la persona muerta contrajo primer matrimonio.

“Artículo 2º.- Se extienden las previsiones del artículo 1 de la Ley 12 de 1975 y las disposiciones que las complementan al compañero permanente de la mujer fallecida.

“Artículo 3º.- La presente Ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las normas que le sean contrarias

Las normas transcritas no señalan los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, por ello, para determinar el tiempo al que hace alusión el artículo 1º de la Ley 12 de 1975, habría que remitirse a las normas que regulan la pensión de vejez.

El artículo 68 del Decreto No. 1848 de 1969, el cual reglamentó el Decreto 3135 de 1968, señala en el artículo 68, como requisitos para obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación, una edad de 55 años para los hombres y 50 para las mujeres y 20 años de servicios continuos o discontinuos.



13-001-33-33-007-2018-00128-01

La Ley 33 de 1985, “por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público”, dispuso en su artículo 1º que la pensión de jubilación se adquiriría con 20 años de servicios continuos o discontinuos y 55 años de edad, así:

“Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue 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, solo 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 (50) años de edad, si son mujeres, o 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”.

Posteriormente, la Ley 71 de 1988, “por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones”, estableció lo siguiente:



13-001-33-33-007-2018-00128-01

“Artículo 7.- A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas”.

La Ley anterior modificó la edad de jubilación y mantuvo el requisito de tiempo de servicio.

En vigencia de la Constitución Política de 1991, se expidió la Ley 100 de 1993, “por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones”, cuyo artículo 46 estableció como requisitos de la pensión de sobrevivientes los siguientes:

“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.

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

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

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.

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”.

El artículo anterior fue modificado por la Ley 797 de 2003, cuyo artículo 12 dispuso:

Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:



13-001-33-33-007-2018-00128-01

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones". (Los literales a y b de este numeral se declararon INEXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-556 de 2009).

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

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

Parágrafo 2º. Declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094 de 2003. Si la causa del fallecimiento es homicidio, se aplicará lo prescrito para accidente, y si es suicidio, se aplicará lo prescrito para enfermedad.

Artículo declarado EXEQUIBLE condicionadamente por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094 de 2003

5.5. Caso concreto

5.5.1. Hechos relevantes probados:

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- Solicitud de reconocimiento de pensión de sobreviviente y semanas cotizadas elevada por la actora a la UGPP, sin fecha de recibido¹².
- Resolución RDP 022812 del 31 de mayo de 2017, por la cual la UGPP le niega la pensión de vejez post-mortem a la demandante¹³.

¹² Doc. 18-28 CD pruebas de la demandante

¹³ Doc. 29-32 CD pruebas de la demandante y Doc. 11-14 CD expediente administrativo.

13-001-33-33-007-2018-00128-01

- Certificado de información laboral del señor Jorge Herazo Bitar, emitido por la Contraloría General de la República¹⁴.
- Certificado laboral del señor Jorge Herazo Bitar, expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹⁵.
- Respuesta de Electricaribe a la petición de la demandante, en el que solicita certificado de tiempo de servicios del señor Jorge Herazo Bitar¹⁶.
- Respuesta del Ministerio de Minas a la petición de la demandante, en el que solicita certificado de tiempo de servicios del señor Jorge Herazo Bitar¹⁷.
- Respuesta de Exxon Mobil a la petición de la demandante, en el que solicita certificado de tiempo de servicios del señor Jorge Herazo Bitar¹⁸.
- Partida de matrimonio de la demandante y el señor Jorge Herazo Bitar¹⁹.
- Registro civil de nacimiento del señor Jorge Herazo Bitar²⁰.
- Certificado de Ministerio de Minas en el que indica que no se registra historia laboral en la consulta del fondo documental de Electricaribe, del señor Jorge Herazo Bitar²¹.
- Documento emitido por Colpensiones, en el que se indica que el señor Jorge Herazo Bitar no cuenta con registro histórico en la entidad²².

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

En el sub-examine los actos administrativos enjuiciados son las: Resolución No. RDP 022812 del 31 de mayo de 2017 mediante el cual se negó el

¹⁴ Doc. 48 y 51 CD pruebas de la demandante y Doc. 49 CD expediente administrativo.

¹⁵ Doc. 51 CD expediente administrativo

¹⁶ Doc. 55 CD pruebas de la demandante y Doc. 43-44 CD expediente administrativo

¹⁷ Doc. 56-58 CD pruebas de la demandante

¹⁸ Doc. 59-62 CD pruebas de la demandante y doc. 32-34 expediente administrativo

¹⁹ Doc.64 CD pruebas de la demandante y Doc. 57 CD expediente administrativo.

²⁰ Doc. 66 CD pruebas de la demandante y Doc. 8 expediente administrativo.

²¹ Doc. 27 CD expediente administrativo y Doc. 97 CD expediente administrativo.

²² Doc. 29 CD expediente administrativo

13-001-33-33-007-2018-00128-01

reconocimiento de una pensión de vejez post mortem en favor de la señora Amira Dumar de Herazo Bitar; el auto No. ADP 007433 del 28 de septiembre de 2017 mediante el cual se rechazó el recurso de apelación impetrado en contra de la Resolución No. RDP 022812 del 31 de mayo de 2017 y la Resolución No. RDP 047948 del 22 de diciembre de 2017 mediante la cual se resolvió declarar infundado el recurso de queja impetrado en contra del auto ADP 007433 del 28 de septiembre de 2017 y fue confirmado en todas y cada una de sus partes.

Esta Sala, conforme a la competencia que le asiste, se abstendrá de resolver argumentos distintos a los planteados en el recurso de apelación, en ese sentido, entraremos a estudiar si tiene derecho la señora AMIRA DUMAR DE HERAZO al reconocimiento de la pensión de sobreviviente como beneficiaria de su esposo, en aplicación del art. 46 de la Ley 100 de 1993. Debido a que, sobre la nulidad del auto No. ADP 007433 del 28 de septiembre de 2017 y la Resolución No. RDP 047948 del 22 de diciembre de 2017, concedidas en primera instancia no se alegó inconformidad alguna.

Conforme a las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que el señor Jorge Herazo Bitar nació el 05 de julio de 1942²³, y falleció el 16 de abril de 1976, que posterior a ese suceso, la señora Amira presentó solicitud de reconocimiento de pensión de vejez post-mortem y semanas cotizadas a la UGPP, sin fecha de recibido, la cual fue resuelta de forma negativa por la entidad mediante Resolución RDP 022812 del 31 de mayo de 2017²⁴, indicando que al señor Herazo Bitar le aplicaba los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985 en concordancia con la Ley 12 de 1975, para su correspondiente sustitución; sin embargo, a la fecha de su fallecimiento no contaba con los 55 años de edad y 20 años de servicios exigidos por la norma, toda vez que, tenía 53 años de edad y 2 años, 1 mes y 27 días de servicio. En cuanto a la pensión de sobreviviente adujo que, la Ley 100 de 1993 empezó a regir el 01 de abril de 1994, fecha posterior al deceso del señor Herazo, por tal motivo no se le podía dar aplicación a dicha norma.

Para responder al problema jurídico planteado, sea lo primero establecer que la finalidad primordial de la pensión de sobrevivientes es la de satisfacer la necesidad de subsistencia económica que persiste para quien sustituye a la persona que disfrutaba de una pensión o tenía derecho a su reconocimiento

²³ Doc. 66 CD pruebas de la demandante y Doc. 8 expediente administrativo

²⁴ Doc. 29-32 CD pruebas de la demandante y Doc. 11-14 CD expediente administrativo



13-001-33-33-007-2018-00128-01

una vez producido el fallecimiento de ésta. En ese orden de ideas, se debe demostrar para su reconocimiento que el fallecido ya disfrutaba de una pensión o que contaba con el lleno de requisitos para ello.

Conforme a los tiempos de servicios acreditados en el proceso, se encuentra que, el señor Jorge Herazo Bitar, laboró:

- En la Contraloría General de la República desde el 16 de noviembre de 1964 al 31 de agosto de 1965 ²⁵: 0 años, 9 meses, y 15 días.
- En el Ministerio de Hacienda entre el 05 de diciembre de 1985 al 16 de abril de 1987²⁶: 1 año, 4 meses, y 11 días.
- Exxon Mobil desde el 10 de octubre de 1968 al 08 de octubre de 1969²⁷: 0 años, 11 meses, y 26 días.

Sobre los demás tiempos señalados por la demandante en el escrito de demanda, se avizora en el expediente lo siguiente:

- Electricaribe S.A.²⁸ en respuesta a una petición elevada por la actora determinó que *"el 4 de agosto de 1998, mediante las escrituras públicas 2632 de la Notaría 45 del Circulo de Santafé de Bogotá ELECTRIFICADORA DE CORDOBA S.A., suscribió un contrato de transferencia de activos con ELECTRIFICADORA DE LA COSTA ATLANTICA S.A E S.P (Hoy ELECTRICARIBE), fecha en la cual la antigua electrificadora se encontraba bajo la toma de posesión por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos con fines de liquidación.*

El Anexo No 10 del contrato de transferencia de activos contiene el CONVENIO DE SUSTITUCIÓN PATRONAL suscrito entre ELECTRIFICADORA DE CORDOBA y ELECTROCOSTA (Hoy ELECTRICARIBE), del cual cabe resaltar los siguientes aspectos: (a) Que de acuerdo con las normas laborales, se trata de un convenio de sustitución patronal, que opera respecto de los trabajadores y pensionados existentes a la fecha efectiva de la sustitución, relacionados en el mismo convenio que cumplieran los requisitos allí previstos, (b) Que a cargo de ELECTRIFICADORA DE CORDOBA entre otras, quedaron la totalidad de las obligaciones de carácter laboral generadas o causadas hasta un día antes de la fecha efectiva de la sustitución y (c) Que la fecha efectiva de la Sustitución Patronal acordada entre las partes fue el 16 de agosto de 1998.

²⁵ Doc. 48 y 51 CD pruebas de la demandante y Doc. 49 CD expediente administrativo

²⁶ Doc. 51 CD expediente administrativo

²⁷ Doc. 59-62 CD pruebas de la demandante y doc. 32-34 expediente administrativo

²⁸ Doc. 55 CD pruebas de la demandante y Doc. 43-44 CD expediente administrativo



13-001-33-33-007-2018-00128-01

Que el señor JORGE ANTONIO HÉRAZO BITAR CC-17.080.813, NO formó parte del convenio de sustitución patronal aludido, ya que según la información suministrada prestó sus servicios a las electrificadora antes del 16 de agosto de 1998, por lo cual las obligaciones de tipo laboral continuaron a cargo de la antigua empresa.

La solicitud de certificaciones laborales de extrabajadores que no formaron parte del Convenio de Sustitución Patronal debe solicitarlas a la Subdirección de Talento Humano del Ministerio de Minas y Energía”.

- El Ministerio de Minas mediante certificado suscrito el 25 de julio de 2016²⁹, indicó lo siguiente: “Se realizó la respectiva consulta del Fondo Documental de la ELECTRIFICADORA DE CORDOBA y se estableció que NO se encuentra historia laboral del señor HERAZO BITAR JORGE ANTONIO C.C. 17.080.813”.
- Exxon Mobil³⁰ al dar respuesta a la solicitud presentada por la demandante sobre el tiempo de servicios y las cotizaciones realizadas, manifestó lo que a continuación se expone: “en lo que respecta a su solicitud de certificación de factores salariales devengados durante el periodo laborado para la compañía por parte del Señor Herazo, nos permitimos informarle que una vez revisados los archivos de la compañía, no se encontró información que nos permita acreditar dichos conceptos, ya que desde la fecha de su desvinculación, esto es el 08 de octubre de 1969, han transcurrido más de cuarenta (40) años y la compañía no cuenta con dicha información”.
- De igual forma, Colpensiones certificó que entre las fechas enero de 1967 y septiembre de 2016, el documento de identidad No. 17080813 correspondiente al señor Jorge Herazo no cuenta con registro histórico en la entidad.³¹

Conforme con las pruebas allegadas y relacionadas anteriormente, es dable concluir que el señor Jorge Herazo Bitar no cumplía al momento de su fallecimiento con los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985 la cual indicaba que la pensión de jubilación se adquiría con 20 años de servicios continuos o discontinuos y 55 años de edad, habiéndose demostrado en el proceso que al momento de su deceso contaba con 35 años de edad y laboró 3 años, 1 mes y 12 días; sin que se lograra probar en el proceso las cotizaciones realizadas.

²⁹ Doc. 27 CD expediente administrativo y Doc. 97 CD expediente administrativo.

³⁰ Doc. 59-62 CD pruebas de la demandante y doc. 32-34 expediente administrativo

³¹ Doc. 29 CD expediente administrativo



13-001-33-33-007-2018-00128-01

Ahora bien, respecto a la pretensión de reconocimiento de la pensión de sobreviviente aplicando los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, encuentra esta Sala acertada la decisión del A-quo debido a que la norma aplicable al momento del fallecimiento del señor Jorge Herazo Bittar eran la Ley 12 de 1975 y Ley 33 de 1985, y conforme a la jurisprudencia reciente del H. Consejo de Estado, en materia de pensión de sobreviviente no es posible aplicar la retrospectividad de la norma³²:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que en circunstancias especiales, cuando un régimen pensional especial no satisface las mínimas garantías que sí satisface el régimen general y cuando éste resulta más favorable que el especial, debe preferirse su aplicación; no obstante, es necesario tener cuenta que la ley favorable que se debe aplicar es la que esté vigente al momento en que se habría causado el derecho.

El derecho a la pensión de sobrevivientes se causa al momento del fallecimiento - del pensionado, es decir, en el caso analizado las normas que gobiernan la pensión de sobrevivientes que hubiera podido surgir con ocasión del fallecimiento del señor Jaime Reyes son las que estaban vigentes el 19 de octubre de 1985, pues fue durante su vigencia cuando se produjo el deceso y por tanto, cuando se pudo consolidar el presunto derecho reclamado.

La Ley 100 de 1993, que consagra el derecho pensional de sobrevivientes solicitado por la accionante, entró en vigencia el 1º de abril de 1994, de conformidad con lo previsto en su artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

[...]

Es decir, no estaba en vigencia al momento del fallecimiento del causante, razón por la cual no puede aplicarse para resolver la situación pensional aquí reclamada.

Para la Sala es evidente que lo que pretende la demandante es la aplicación retroactiva de la Ley 100 de 1993, pues considera que le es benéfica y favorece sus pretensiones; no obstante, los derechos prestacionales derivados de la muerte del señor Reyes se consolidaron a la luz de las normas vigentes al momento de su fallecimiento, lo que lleva a afirmar que no es viable la aplicación de la ley que se pretende, toda vez que ello iría en contravía del principio de irretroactividad de la ley, derivado de la Ley 153 de 1887.

Con los argumentos expuestos en forma antecedente, la Sala rectifica la posición adoptada en sentencias de abril 29 de 2010 y noviembre 1º de 2012, en las que, en

³² Ver, entre otras, las sentencias de 7 octubre de 2010, radicado 76001-23-31-000-2007-00062-01(0761-09); 18 de febrero de 2010, radicado 08001-23-31-000-2004-00283-01(1514-08); y 16 de abril de 2009, radicado 76001-23-31-000-2004-00293-01 (2300-06).



13-001-33-33-007-2018-00128-01

materia de sustitución pensional se aplicó una ley nueva o posterior a hechos acaecidos antes de su vigencia, en ejercicio de la retrospectividad de la ley, precisando que no hay lugar a la aplicación de tal figura, toda vez que la ley que gobierna el reconocimiento de la pensión de beneficiarios es la vigente al momento del fallecimiento del causante y no una posterior.

(...)

Por otra parte, destaca la Sala que la Corte Constitucional, en la sentencia T-116 de 2016, revisó los fallos de tutela proferidos por esta Corporación, en una situación fáctica similar a la sub judice, e hizo referencia a sus propias decisiones contenidas en los fallos T-891 de 2011, T-072 de 2012 y T-587A de 2012, en las que apoyó el precedente de esta Corporación vigente para esas fechas, en tomo a la posibilidad de aplicar de manera retrospectiva la ley de seguridad social actual para resolver solicitudes pensionales de sobrevivientes relativas a causantes que fallecieron antes de 1991, pero precisó que en la sentencia T-564 de 2015, tuvo en cuenta la rectificación de jurisprudencia efectuada el 25 de abril de 2013, por este órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, en el sentido de entender que la norma aplicable para resolver las peticiones pensionales de sobrevivientes es la vigente a la muerte del causante, sin embargo, pese al precedente resulta necesario que se verifique en cada caso el grado de afectación de los sistemas pensionales preconstitucionales, lo que conlleva examinar la normativa especial aplicable a la situación concreta frente a las generales también existentes para esos momentos".

De acuerdo con lo expuesto, la Sala colige que el señor Jorge Herazo Bitar prestó sus servicios por tres (3) años, un (1) mes y doce (12) días, por lo que (i) no llenó los requisitos del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 para acceder al reconocimiento pensional que requería de acreditar veinte (20) años o más de servicios; (ii) laboró por menos del tiempo de servicio exigido para la pensión de jubilación de los servidores públicos de la época; (iii) ante el deceso de su cónyuge, a la peticionaria, de conformidad con la normativa vigente, le fue reconocida la indemnización por muerte de la cual no hay prueba alguna es una afirmación de la demandada que no fue debatida por la demandante, ; y (iv) no se puede utilizar retrospectivamente Ley 100 de 1993, en materia de pensión de sobrevivientes de servidores públicos fallecidos antes de sus entradas en vigor, y, en consecuencia, la presunción de legalidad del acto administrativo demandado Resolución No. RDP 022812 del 31 de mayo de 2017 continúa incólume.

Sobre la solicitud de aplicación del art. 288 de la Ley 100 de 1993, sobre la condición mas beneficiosa, no comparte esta Sala lo planteado por la recurrente cuando manifiesta que, no es favorabilidad lo que ella solicita sino

13-001-33-33-007-2018-00128-01

la aplicación de este principio. Por tal razón, se transcribe textualmente el artículo en mención:

“ARTÍCULO 288. APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN LA PRESENTE LEY Y EN LEYES ANTERIORES. Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente Ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta Ley”.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en fallo de unificación SU-005-2018, y el Consejo de Estado entre otros fallos³³, sostienen unánimemente que esta norma es una aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el art. 53 Constitucional, pero el supuesto que contiene es que un trabajador solicita se le aplique la Ley 100/1993 de manera integral, frente a disposiciones diferentes a la misma, pero para ello deben cumplirse el primer presupuesto, el cual es que se le pueda aplicar la Ley 100/1993.

En este caso concreto, a la demandante no se le puede aplicar la Ley 100/1993 porque el derecho que reclama se pudo haber configurado cuando esta no estaba vigente, por ello el Consejo de Estado lo que hace en la jurisprudencia antes citada, es decir que no se aplique retrospectivamente y la Corte Constitucional en la sentencia traída a colación aplica una norma anterior de manera ultra activa para un trabajador cuyo juez es la jurisdicción ordinaria. Aquí no estamos, frente a ninguno de los supuestos anteriores, es decir, un trabajador que teniendo derecho a que se le aplique una norma anterior, estando activo, solicita que se le aplique la nueva, que es la Ley 100/1993, circunstancia que no es el supuesto fáctico de este asunto, y tampoco estamos frente a hechos que den aplicación de dos normatividades coexistentes en donde la norma general es mas favorable que la especial, sino frente al fenómeno de la retrospectividad que significa, aplicar de una ley posterior a un hecho sucedido antes de su vigencia lo cual como dijo el Consejo de Estado no es posible tal interpretación, so pretexto de la aplicación mas beneficiosa como parte del principio de favorabilidad.

Por lo anterior, la sentencia de primera instancia será confirmada, pero por las razones aquí expuestas.

³³ CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, CONSEJERO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, agosto veintiocho (28) de dos mil dieciocho (2018), Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01

5.6. De la condena en costa.

El artículo 188 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.

Conforme con las normas citadas esta Corporación condenará en costas a la parte recurrente en esta instancia - señora AMIRA NACIRA DUMAR DE HERAZO BITAR.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 002 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 este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS, a la parte apelante, señora AMIRA NACIRA DUMAR DE HERAZO BITAR, conforme a lo establecido en los artículos 188 del CPACA y del 365 -366 del CGP.

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 No. 045 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



13-001-33-33-007-2018-00128-01

MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

DIGNA MARIA GUERRA PICÓN