



3

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., dos (2) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente : 05001-23-33-000-2013-01098-01 (3554-2015)
Demandante : **Ana Julia Ruiz Múnera**
Demandado : Municipio de Bello (Antioquia)
Tema : Pensión de sobrevivientes

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia de 30 de junio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las pretensiones de la demanda del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 Medio de control (ff. 1-15). La señora Ana Julia Ruiz Múnera, por conducto de apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra el municipio de Bello (Antioquia), para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.1.1 Pretensiones. 1) La actora aspira a que se declare la nulidad de los oficios DTH-238-08 de 27 de octubre de 2008 y 1325 2013006078 de 15 de marzo de 2013, del director de talento humano de la alcaldía de Bello, por los que se le negó, en dos momentos distintos, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento de su compañero permanente, señor Gilberto de Jesús Sánchez Ochoa.



2) Que se ordene a la accionada reconocerle la pensión de sobreviviente, con base en la Ley 100 de 1993, artículos 2, 35, 39, 46, 47, 48 y 288; acuerdo 49 de 1990 del Instituto de Seguros Sociales, artículos 6,25 y 27; Decreto 758 de 1990, artículos 6 y 25; Ley 797 de 2003, artículo 12, numeral 2, y demás normas concordantes, «desde el día 2 de septiembre de 2005, fecha en que se configuró el término de la prescripción trienal (se presentó derecho de petición 02-09-2008), hasta que se produzca su efectiva cancelación, más los valores correspondientes a la indexación».

3) Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al demandado a pagarle la pensión de sobrevivientes, con la variación del índice de precios al consumidor (IPC), desde el 2 de septiembre de 2005 hasta la fecha en que se cancele.

4) Que se condene al pago de intereses moratorios a la tasa comercial sobre las mesadas dejadas de pagar, de acuerdo con los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo (CCA).

5) Que se condene en costas al accionado.

1.1.2 Fundamentos fácticos (ff. 5-7). La accionante relata que el finado señor Gilberto de Jesús Sánchez Ochoa, jefe del departamento de prevención y desastres de la alcaldía de Bello, se vinculó al ente territorial el 22 de mayo de 1984, y ejerció funciones hasta el 10 de octubre de 1993, fecha de su deceso, o sea, que trabajó durante 9 años, 4 meses y 19 días. Cuando ocurrió el fallecimiento se encontraba con ella, como compañera permanente, y su hija de 11 años, Gina Marcela Sánchez Ruiz.



Antes de su convivencia, su extinto compañero permanente, durante 12 años, señor Gilberto de Jesús Sánchez Ochoa, había contraído matrimonio con la señora María Gudiel Lopera, disolución y liquidación que se hizo a través escritura pública 2477 de la Notaria Única de Bello, de 4 de septiembre 1989. Igualmente, en dicha escritura quedó registrado que en la unión marital no procrearon hijos.

Por otra parte, expresa que el 2 de septiembre de 2008 solicitó de la alcaldía de Bello que le reconocieran y pagaran la pensión de sobrevivientes, la que, mediante oficio DTH-238-08 de 27 de octubre de 2008, le comunicó que no cumplía requisitos para acceder a la prestación por regir en el momento de la muerte la convención colectiva de trabajo (acuerdo 010 de 1975), que exigía haber prestado 20 años de servicios continuos o discontinuos y cualquier edad; sin embargo, tiempo después, el 18 de febrero de 2013, volvió a formular la misma petición, despachada de manera negativa con igual argumento, por medio de oficio 2013006078 de 15 de marzo de 2013.

1.1.3 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por los actos administrativos acusados las siguientes: artículos 1, 2, 5, 6, 13, 29, 42, 48, 53 y 315, numeral 1, de la Constitución Política; 2, 35, 46, 47, 48 y 288 de la Ley 100 de 1993; 36, 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo (CCA); 3, 10 102 de la Ley 1437 de 2011; y 21 del Código Sustantivo del Trabajo (CST).

El concepto de la violación radica, en síntesis, en que la entidad demandada no tuvo en cuenta los principios constitucionales, en el momento de negarle el derecho que le asiste a la accionante, y no aplicó los artículos 13 y 53 de la Carta Política, por lo que incurrió en una injusticia al excluirla de un beneficio que se le otorga a la mayoría. Si bien se opuso a la concesión de la pensión de



sobreviviente con base en el acuerdo 10 de 1975, que es restrictivo y discriminatorio, resulta menester y necesario, en este caso concreto, tener en cuenta el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

1.2 Contestación de la demanda (ff. 78-85). La entidad demandada se opone a las pretensiones de la demanda porque la Ley 100 de 1993, en su artículo 46, no es aplicable al presente caso, por cuanto el causante falleció el 10 de octubre de 1993, antes de entrar en vigor dicha disposición. Además, el párrafo del artículo 151 *ibidem* señaló con claridad que el sistema general de pensiones para los servidores públicos de los niveles departamental, municipal y distrital entraría a regir a más tardar el 30 de junio de 1995.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Antioquia, en sentencia de 30 de junio de 2015, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la demandante al considerar que, pese a lo manifestado por el ente accionado en el oficio DTH-238-08 de 27 de octubre de 2008, la situación pensional de la familia del causante no puede resolverse desde el punto de vista de la convención colectiva de trabajo contenida en el acuerdo 10 de 1975, en razón a que, en su condición de empleado público, no podía beneficiarse de ella, según los artículos 3 y 4, pues está dirigida a los trabajadores oficiales y demás obreros del municipio.



Por otra parte, el Consejo de Estado, en reciente sentencia de 19 de febrero de 2015,¹ afirmó que las normas que gobiernan la pensión de sobrevivientes son las que rigen en el momento que se produce el deceso; y, por ello, la Ley 100 de 1993 no puede aplicarse, puesto que cuando ocurrió la muerte del finado compañero permanente de la demandante no había comenzado a tener vigor.

También se advierte que la actora cita como disposiciones violadas el acuerdo 49 de 1990 y el Decreto 758 del mismo año, sin que pueda sostenerse que un empleado público sometido a unas reglas específicas para adquirir la pensión de sobrevivientes, como lo es la Ley 12 de 1975, pueda invocar la aplicación de las normas que, mediante el reglamento del Instituto de Seguros Sociales, se estableció para los empleados del sector privado afiliados a él, puesto que este tiene un ámbito de aplicación específico y no corresponde a un régimen general de pensiones; por eso, no se da la confrontación entre dos normas susceptibles de ser aplicadas, por cuanto el reglamento del Instituto de Seguros Sociales no resulta aplicable ni es una norma general a la que pueda acudir. En consecuencia, se niegan las pretensiones de la demanda (ff. 157-163).

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

La demandante, inconforme con la anterior providencia, recurre en los siguientes términos:

[...]

En lo referente a la Ley 12 de 1975 a que hace alusión la Honorable Colegiatura, y que por tal motivo le fue desconocida la pensión de sobreviviente a la Actora, debido a que el causante no cumplió los 20 años que exigía la norma. Si bien la normatividad referida es una norma falta de complemento, deficiente, oscura e incongruente, esto porque habla del pensionado jubilado (pensionado que cumplió los 20 años), y no hace referencia sobre el afiliado (cotizante), quien ha estado aportando

¹ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección A, sentencia de 19 de febrero de 2015, expediente: 05001-23-31-000-2011-00501-01 (3533-13).



para las contingencias de invalidez, vejez y muerte, siendo la Ley 12 de 1975 discriminatoria con los beneficiarios de los afiliados, ya que en su tenor literal reconoce únicamente a los beneficiarios de los pensionados jubilados.

En ese sentido el Decreto 758 de 1990 y la Ley 100 de 1993, entraron a corregir esas falencias que traían la Ley 12 de 1975, normas que regulaban en materia pensional, distinguiendo y reconociendo en estas normatividades generales en seguridad social, la una expedida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y la otra por el Congreso de la República, normas que diferenciaban la calidad de pensionado y afiliado, bajo un principio de igualdad.

Entonces no se puede entrar aplicar la Ley 12 de 1975, norma que le faltaba complemento, era deficiente, oscura e incongruente y discriminatoria. Además porque es atentatoria al trato, derechos, libertades y oportunidades de los afiliados.

Igualmente la Colegiatura le desconoció la pensión de sobreviviente a la cónyuge beneficiaria, argumentando que el Decreto 758 de 1990 emanado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, la Sala considero, que no era aplicable dada la calidad de empleado público que ostentaba el causante señor Gilberto de Jesús Sánchez Ochoa. Y manifestó que el Decreto 758 de 1990 no puede ser la norma aplicable para el caso concreto para efectos de contraponerla a los regímenes pensionales contenidos en la Ley 12 de 1975, norma que resultaba aplicable al causante de la prestación, ya que no puede acudir a normativas pensionales específicas bajo el principio de favorabilidad, puesto que en dicho contexto normativo los derechos pensionales no se encontraban unificados, integrados, ni sometidos a idénticos principios, como el de universalidad, sino que el reconocimiento de estos derechos, por demás no obligatorios, atendían al tipo de empleador y las condiciones pensionales adoptadas por estos en distintas fuentes (ff. 168-175) [*sic* para toda la cita].
[...]

IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación interpuesto por la actora fue concedido en auto de 27 de julio de 2015 ante esta Corporación (f. 176), y se admitió por proveído de 25 de noviembre de 2015 (f. 185); y, después, en providencia de 23 de junio de 2017, se dispuso a correr traslado simultáneo a las partes y al Ministerio



Público para que alegaran de conclusión y conceptuara, en su orden (f. 190), oportunidad aprovechada solo por la demandante.

La actora (ff. 194-204) insiste en los razonamientos expuestos en el recurso de apelación, que, en uno de los apartes, resume así: «En relación a la Ley 12 de 1975 y la Ley 33 de 1985, normas que motivó la Entidad Municipal para negar la pensión de sobrevivientes, normas en las que se hizo alusión únicamente a los beneficiarios del pensionado jubilado y no se tuvo en cuenta a los beneficiarios del afiliado cotizante, donde el trabajador estaba construyendo, edificando su estado de invalidez, vejez y muerte, falencias que fueron corregidas por el Acuerdo 049 de 1990 y el Decreto 758 de 1990, donde el Gobierno Nacional expidió el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte» (*sic* para todo el texto).

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 150 del CPACA esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

5.2 Problema jurídico. Se contrae a determinar si, en los términos del recurso de apelación, a la demandante, como compañera permanente supérstite, le asiste el derecho o no para reclamar del municipio de Bello (Antioquia) pensión de sobrevivientes, con fundamento en la Ley 100 de 1993, o, en su defecto, en el acuerdo 49 de 1990 del Instituto de Seguros Sociales, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en consideración a que el causante falleció el 10 de octubre de 1993, antes de comenzar a regir el sistema general de pensiones.



5.3 Marco jurídico. En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

Como bien lo ha dicho esta Sala,² la muerte constituye una contingencia del sistema de seguridad social, pues al desaparecer de forma definitiva la persona que atendía el sostenimiento del grupo familiar, se corre el riesgo de que sus integrantes queden desamparados y en peligro para poder subsistir. Por ello, se concibió la pensión de sobrevivientes con el fin de evitar un cambio sustancial en las condiciones mínimas de vida de los beneficiarios de esta prestación.

En esta dirección, la Ley 100 de 1993, en su artículo 46, estableció (en su origen) los requisitos para su reconocimiento, en el sentido de 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 dentro del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte». Decía la norma:

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

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca.
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

² Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, sentencia de 2 de octubre de 2014, radicado 08001 23 31 0002001 02315 01 (0964-2012), consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, actora: Griselda Redondo y otros.



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

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

Parágrafo. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente ley (negritas fuera de texto).

[...]

Sin embargo, el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 modificó los anteriores requisitos, pues aumentó en cincuenta (50) semanas, por lo menos, el número requerido de veintiséis (26) para que el afiliado al sistema hubiere cotizado dentro de los tres años anteriores a su fallecimiento y, además, que cumpliera con un requisito de fidelidad a él, dependiendo de la causa de la muerte (letras a y b) que fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, por medio de sentencia C- 556 de 20 de agosto de 2009, por vulnerar el principio de no regresividad.³

Artículo 12. El artículo 46 de la Ley 100 de 1993 quedará así: Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los

³ « [...] Por tanto, la previsión de establecer un mínimo de cotización, así como una serie de porcentajes y sumas que cubren el riesgo de muerte, debe reportar un beneficio progresivo que favorezca a la colectividad. Específicamente en este caso, lo que se busca es que las contingencias de quien fallece, no repercutan aún de mayor manera contra quienes se encuentran en grave situación involuntaria de necesidad y requieren un trato protector, que les permita continuar con una pervivencia digna.

En este caso, se aumentó el número de semanas cotizadas y se estableció un nuevo requisito de fidelidad al sistema, esto es, una cotización con una densidad del 20% y del 25% del tiempo transcurrido entre los extremos que la ley señala, desconociendo que esa exigencia no puede ser cumplida en igualdad de condiciones; por ejemplo, si una persona al fallecer por enfermedad tiene 40 años de edad, debe contar con un mínimo de 5 años de cotizaciones, que correspondería al 25% del tiempo cotizado, el cual se ve incrementado en la medida que pasen los años, pues siguiendo el mismo ejemplo si el afiliado al fallecer cuenta ya no con 40 sino con 60 años de edad, el requisito correspondiente al 25% del tiempo, ascendería a 10 años de cotizaciones [...].»



tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:

a) Muerte causada por enfermedad: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinticinco por ciento (25%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento;

b) Muerte causada por accidente: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento.

Parágrafo 1°. 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.

[...]

Por otro lado, en cuanto a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, antes de que lo modificara el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, estableció tres grupos así:

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.

En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deber acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que este cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o m s hijos con el pensionado fallecido;

b. Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos



si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez.

c. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste.

d. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

[...]

Pero, como se anotó, el artículo 13 lo reformó en los siguientes términos:

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica CONDICIONALMENTE exequibles> sentencia C-1094-2003.

<Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

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

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.



<Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible sentencia C-1035-2008> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

c) <Aparte tachado **INEXEQUIBLE** sentencias C-1094 DE 2003 y C-451 DE 2005> Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes ~~y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno;~~ y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) <Aparte tachado **INEXEQUIBLE** sentencia C-111 de 2006> A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente ~~de forma total y absoluta~~ de este;

e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

PARÁGRAFO. Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil.

En resumen, respecto del cónyuge y del compañero o compañera permanente se instituyó lo siguiente:

1) Si a la fecha de fallecimiento del causante el cónyuge o compañero o compañera permanente tiene más de 30 años de edad, la pensión se le concederá en forma vitalicia. Si es menor de esa edad y no ha procreado hijos con el



causante, la pensión será temporal: se concede por 20 años y de esa pensión se descuenta la cotización para su propia pensión.

2) En caso de muerte del pensionado, se requiere además que el cónyuge o compañera o compañero permanente acredite que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y que haya convivido con el fallecido no menos de cinco años continuos con anterioridad a su muerte.

3) En el caso de que solo haya cónyuge (no hay compañero o compañera permanente) la pensión corresponderá a este. Si no hay cónyuge pero hay compañera o compañero permanente, la pensión corresponderá a estos últimos. La ley regula de forma expresa el caso de convivencia simultánea entre cónyuge y una compañera o compañero permanente; por lo que el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o esposo. La Corte Constitucional, en sentencia C- 1035 de 2008,⁴ al estudiar esta última regla la declaró exequible en forma condicional en el entendido de que además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos.

Y, por último, en cuanto a los padres del causante, podrán ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes cuando falten el cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, sin que sea necesario acreditar la dependencia

⁴ «El artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modifica los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, señala quiénes son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y contempla una serie de condiciones que deben cumplirse para que el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite tenga derecho a la pensión de sobrevivientes, en caso de que se presente la situación excepcional de la convivencia simultánea en los últimos cinco años previos al fallecimiento del causante, disposición sobre la que la Corte declara su constitucionalidad condicionada, en el entendido que además de la esposa o esposo, también es beneficiario de la pensión de sobrevivientes, el compañero o compañera permanente y dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido».



económica absoluta respecto del fallecido, según la sentencia C-111 de 2006⁵ de la Corte Constitucional.

5.4 Caso concreto. A continuación, procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En ese sentido, en atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, se destaca:

a) Registro de defunción 1626152, de la Notaría Primera de Bello, de 11 de octubre de 1993, del señor Gilberto de Jesús Sánchez Ochoa, en que se registra su deceso ocurrido el día anterior (10 de octubre) [f. 19].

b) Certificado de tiempo de servicio del causante, de la oficina de archivo y correspondencia del municipio de Bello, de 17 de julio de 2006, en que se declara que prestó servicios como jefe de departamento de prevención y desastres entre el 22 de mayo de 1984 y 10 de octubre de 1993 (f. 20).

c) Resolución 2196 de 23 de diciembre de 1993, del director de relaciones laborales del municipio de Bello, en que reconoce «derecho a la señora ANA JULIA RUIZ MÚNERA y a la menor GINA MARCELA SÁNCHEZ RUIZ, para cobrar el seguro de vida y prestaciones sociales, repartido en cuotas del 50% para cada una» (f. 24).

⁵ «En el asunto sub-judice, es claro que la norma demandada vulnera el citado principio y deber de solidaridad, al exigir como requisito indispensable para proceder al reconocimiento y pago de la pensión de la sobrevivientes, la dependencia económica total y absoluta de los padres frente a los hijos, pues a través de dicho requerimiento se aparta de los criterios de necesidad y de salvaguarda al mínimo existencial como condiciones reales que sirven de fundamento para legitimar el cobro de la mencionada prestación. En efecto, la disposición acusada se limita a prohibir de manera indiscriminada su reclamación, cuando se obtienen por los padres cualquier tipo de ingresos distintos a los que surgen de dicha relación prestacional, sin tener en cuenta la suficiencia o no de los mismos para asegurar una vida en condiciones dignas, como lo ordena el citado mandato constitucional de la solidaridad. Si bien como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación, el Estado no tiene el carácter de benefactor, ello no lo habilita para adoptar medidas legislativas que impliquen un desconocimiento de su obligación positiva de proteger a las personas que se encuentran en condiciones de inferioridad (C.P. art. 13), como sucede con los padres que debido a su avanzada edad se encuentran subordinados económica y materialmente a sus hijos».



d) Escritura pública 24777, de 4 de septiembre de 1989, a través de la cual se disuelve la sociedad conyugal formada entre los señores Gilberto de Jesús Sánchez Ochoa y María Gudiela Lopera Sánchez (ff. 26-27).

e) Oficio DTH-238-08 de 27 de octubre de 2008, del director de talento humano, de la alcaldía de Bello, por medio del cual se resuelve la petición de reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes formulada por la demandante (ff. 33-34).

f) Escrito de la actora, de 21 de febrero de 2013, en que pide otra vez el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes (ff. 35-37).

g) Oficio 2013006078 de 15 de marzo de 2013, del director de talento humano, de la alcaldía de Bello, por el que se despacha desfavorablemente la anterior petición (ff. 38-39).

h) Acuerdo 10 de 28 de febrero de 1975, «Por medio del cual se aprueba la convención colectiva de trabajo entre el Municipio de Bello y el Sindicato de Trabajadores Municipales de Bello» (ff. 118-119).

De las pruebas que obran en el expediente, se desprende que el finado compañero permanente de la actora, señor Gilberto de Jesús Sánchez Ochoa, prestó servicios al municipio de Bello entre el 22 de mayo de 1984 y el 10 de octubre de 1993, día en que falleció, tal como se declara en certificación de 8 de agosto de 2006, de la directora de talento humano de la alcaldía de Bello (ff. 21-22).

El municipio de Bello, en respuesta a una solicitud formulada por la demandante para que se le reconociera y pagara la pensión de sobrevivientes,



aseveró, mediante oficio DTH-238 de 27 de octubre de 2008, del director de talento humano, que «como en materia pensional no se hacían cotizaciones para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, el seguro de vida cubría la contingencia de muerte, la cual como se explicó fue reconocida a sus beneficiarios» (ff. 33-34). De hecho, por medio de Resolución 2196 de 12 de diciembre de 1993, del director de relaciones labores, se les concedió el derecho a la accionante, señora Ana Julia Ruiz Múnera, y a la menor Gina Marcela Sánchez Ruiz (hija) «para cobrar el Seguro de Vida y Prestaciones Sociales, repartido en cuotas del 50% para cada una» (f. 24).

Ante la contestación negativa del ente demandado, la actora pretende, por este medio de control, que se le reconozca la pensión de sobrevivientes, con base en los dos siguientes argumentos: (i) que se aplique de manera retrospectiva la Ley 100 de 1993, puesto que, en la fecha que falleció el causante (10 de octubre de 1993), esta no había comenzado a regir; y (ii) si ello no es posible, que se otorgue conforme al acuerdo 49 de 1990 del Instituto de Seguros Sociales (ISS), aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Así las cosas, se ha de recordar que antes de que se expidiera la sentencia de unificación de 25 de abril de 2013,⁶ de esta Sección, que rectificó el criterio que imperaba de hacer extensiva, como norma posterior, a la Ley 100 de 1993, en sus artículos 46 a 49, se otorgaba la pensión de sobrevivientes, en aras del principio de favorabilidad, en situaciones que esta no regulaba. Dicho pronunciamiento estableció que la disposición que debe aplicarse es la que rige en el momento del fallecimiento del causante, y no la nueva o siguiente.

⁶ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, sentencia de 25 de abril de 2013, expediente: 76001-23-31-000-2007-01611-01 (1605-09, consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, actora: María Emilse Larrahondo Molina, demandada: Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional.



En el presente asunto, el señor Gilberto de Jesús Sánchez Ochoa murió el 10 de octubre de 1993,⁷ antes de que entrara en vigor la Ley 100 del mismo año, que, de conformidad con su artículo 151, esta comenzó a regir en el orden nacional, a partir del 1.º de abril de 1994, y en los niveles departamental, municipal y distrital, el 30 de junio de 1995, lo cual significa que, de acuerdo con la posición jurídica de la mentada sentencia de unificación, que es el criterio actual, la actora no tiene derecho a que, en beneficio del principio de favorabilidad, pueda aplicársele el sistema general de pensiones. Dice la sentencia:

[...]

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.

La ley sustancial, por lo general, tiene la virtud de entrar a regir las situaciones que se produzcan a partir de su vigencia, pues aún no se encuentran consolidadas y, solo por excepción, rigen de manera retroactiva; sin embargo, para que ello ocurra, el contenido de la ley debe precisar lo pertinente, lo que no sucede en el caso de la Ley 100 de 1993, pues al tenor de lo dispuesto en su artículo 151 empezó a regir a partir del 1º de abril de 1994.

En las anteriores condiciones, la demandante no tiene derecho a acceder al derecho pensional consagrado en los artículos 46 a 48 de la Ley 100 de 1993, toda vez que los derechos prestacionales causados con la muerte de su cónyuge se consolidaron en vigencia de la normatividad anterior, la que exigía el requisito de tener 15 o más años de servicio activo y, como no cumplió ese requisito, no era viable su reconocimiento.

Con los argumentos expuestos en forma antecedente, la Sala rectifica la posición adoptada en sentencias de abril 29 de 2010 y noviembre 1º de 2012, en las que, en materia de sustitución pensional se aplicó una ley nueva o posterior a hechos acaecidos antes de su vigencia, en ejercicio de la retrospectividad de la ley, precisando que no hay lugar a la aplicación

⁷ Registro de defunción 1626152, la Notaría Primera de Bello, de 11 de octubre de 1993 (f. 19).



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.

Lo anterior, permite concluir que no se desvirtuó la legalidad del acto demandado, razón por la cual se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, pero por las consideraciones antes expuestas.

[...]

Más adelante, este criterio ha sido ratificado por la dos subsecciones en distintas providencias y, entre ellas, la de 23 de julio de 2014,⁸ que afirmó:

[...]

Por las anteriores razones, es que la señora Velásquez Rincón pretende ahora que se le aplique por favorabilidad los artículos 46 y ss de la Ley 100 de 1993, que regulan la pensión de sobrevivientes y que exigen solo 26 semanas al momento de la muerte, para obtener el beneficio pensional.

Sobre el tema de la favorabilidad la Sección Segunda, había considerado que en circunstancias especiales, cuando el régimen pensional especial no satisface las mínimas garantías que sí compensa el régimen general, y cuando éste resulta más favorable que el especial, debe preferirse su aplicación; **no obstante, es necesario tener en cuenta que la ley favorable que se debe aplicar es la que esté vigente al momento en que se habría causado el derecho** (negritas fuera de texto).

[...]

Por otra parte, respecto del acuerdo 49 de 1990 del Instituto de Seguros Sociales, aprobado a través del Decreto 758 de 1990, la accionante pide que se tengan en cuenta para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes los artículos 6 y 25, que dicen:

Artículo 6.º 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

⁸ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección A, sentencia de 23 de julio de 2014, expediente: 25000-23-42-000-2013-00386-01 (4067-2013), consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, actora: Sildana Velásquez Rincón, demandado: Caja Nacional de Previsión Social.



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.

Como se puede ver, el artículo 25 establece que, 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, o sea, «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».

Según las pruebas que reposan en el expediente, el causante, señor Gilberto de Jesús Sánchez Ochoa, en el momento del deceso (10 de octubre de 1993), trabajaba en calidad de empleado público en el municipio de Bello,⁹ desde el 22 de mayo de 1984; pero sin estar afiliado a pensión, como lo afirma el director de talento humano, en el oficio DTH-238-08 de 27 de octubre de 2008: «[...] como en materia pensional no se hacían cotizaciones para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, el seguro de vida cubría la contingencia de muerte, lo cual como se explicó fue reconocida a sus beneficiarios» (f. 34).

⁹ Acta de posesión 001, de 8 de enero de 1992, en el empleo de jefe del departamento de prevención y desastres de la secretaria de obras públicas (f. 90).



A pesar de no estar aquel inscrito a una entidad de previsión social y, en particular, al Instituto de Seguros Sociales (ISS), la demandante aspira a que se le reconozca la pensión de sobrevivientes, con arreglo al Decreto 758 de 1990, cuando el artículo 1.º establece una condiciones que su finado compañero permanente no reúne y que hacen impróspera su pretensión, a saber:

Artículo 1º Afiliados al Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte. Salvo las excepciones establecidas en el artículo 2º del presente Reglamento, estarán sujetos al seguro social obligatorio contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte de origen no profesional:

1. En forma forzosa u obligatoria:

- a) Los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a patronos 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

Al respecto, esta subsección, en sentencia de 17 de noviembre de 2017,¹⁰ en un caso semejante al de estudio, señaló:

[...]

Se precisa además, que no le asiste razón a la parte actora al considerar que el régimen prestacional contenido en el Decreto 758 de 1990 preveía el régimen general antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, puesto que la norma expidió el reglamento general de seguridad social, esto es, contenía

¹⁰ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, sentencia de 17 de noviembre de 2017, expediente: 05001-23-33-000-2014-01888-01(0620-17), consejero ponente: César Palomino, actores: María del Pilar Gómez Loaiza y Sergio de Jesús Duque Moreno, Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y departamento de Antioquia.



normas aplicables a los empleados del sector privado que estuvieran afiliados al ISS o para sus trabajadores y en forma excepcional a los empleados públicos afiliados a este instituto como se explicó anteriormente, siendo equivocado considerar que el mismo era el régimen general de los empleados públicos puesto que las disposiciones aplicables a este sector en materia de pensión de sobrevivientes con anterioridad a la Ley 100 de 1993 eran las previstas en las Leyes 12 de 1975 y 33 de 1985 y los diferentes regímenes especiales vigentes para la época, entre los cuales se hallaba el aplicable a los docentes, tal como se dejó analizado.
[...]

Y, por último, en lo que concierne a las costas del proceso, que incluye las agencias en derecho que correspondan a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, se pronunció esta Corporación en sentencia de 1.º de diciembre de 2016,¹¹ en el sentido de que «corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma».

Por ello, esta Sala considera que el artículo 365 del CGP, por remisión del 188 del CPACA, deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que los resultados del proceso le fueron desfavorables a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe, actuación que no se observa en el proceso y, por lo tanto, se revocará la condena en costas.

Con base en los razonamientos que se dejan consignados, en armonía con los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto, de

¹¹ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, expediente 70001-23-33-000-2013-00065-01 (1908-2014), consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, actor: Ramiro Antonio Barreto Rojas, demandada: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).



acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará parcialmente la sentencia apelada, que negó las súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

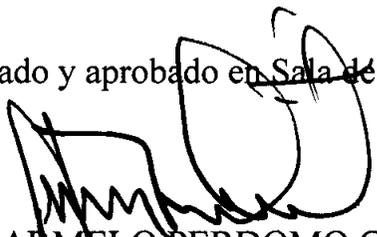
1.º Confirmase parcialmente la sentencia proferida el 30 de junio de 2015 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las pretensiones de la demanda incoada por la señora Ana Julia Ruiz Múnera contra el municipio de Bello (Antioquia), conforme a lo expuesto en la parte motiva.

2.º Revócase el ordinal segundo de la sentencia apelada, en el sentido de que no hay lugar a condena en costas, según las consideraciones planteadas.

3.º Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de la fecha.


CARMELO PERDOMO CUÉTER


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ


CÉSAR PALOMINO CORTÉS