
**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A**

Consejero Ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D. C., primero (01) de marzo de dos mil dieciocho (2018) SE. 025

Radicado: 700012331000201101471 01 (2932-2016)

Actor: Damaris de Jesús Julio Gómez y otros

Demandado: Municipio de Santiago de Tolú, Sucre

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Decreto 01 de 1984

La Subsección conoce el recurso de apelación interpuesto por los demandantes Johafanna Eileen y Jhon Jairo Romero Julio, menores que comparecen al proceso representados por la señora Damaris de Jesús Julio Gómez, contra la sentencia proferida el 16 de diciembre de 2015 por el Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Segunda de Decisión Escritural, que denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

Las señoras Esmeralda Lucía Issa Martínez, actuando en nombre propio y en representación de su hijo menor Salín Romero Issa, y Damaris de Jesús Julio Gómez, actuando en representación de sus hijos menores Johafanna Eileen y Jhon Jairo Romero Julio, presentaron demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Municipio de Santiago de Tolú, Sucre.

Pretensiones¹

- Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio DAM 0163 del 25 de marzo de 2008² mediante el cual se denegó el reconocimiento y

¹ Ff. 2-3.

² F. 26.

pago de una pensión de sobrevivientes a su favor con ocasión de la muerte del señor Jairo Romero Bonilla.

- Declarar que el señor Jairo Romero Bonilla fue alcalde elegido popularmente en el municipio de Santiago de Tolú para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1998 y el 31 de diciembre de 2000, cargo en el que laboró hasta el 30 de noviembre de 1999, cuando fue suspendido.

A título de restablecimiento del derecho, solicitaron se condene a la entidad demandada a:

- Reconocer y pagar a su favor la pensión de sobrevivientes, prestación que deprecaron con retroactividad al 23 de marzo de 2001 con los respectivos ajustes e indexación.
- Reconocer y pagar las mesadas adicionales de junio y diciembre.
- Pagar las costas y agencias en derecho.

Fundamentos fácticos³

En resumen, los siguientes son los supuestos fácticos de las pretensiones:

1. El señor Jairo Romero Bonilla fue elegido alcalde en el municipio de Santiago de Tolú para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1998 y el 31 de diciembre de 2000, cargo en el que laboró hasta el 30 de noviembre de 1999, cuando fue suspendido como resultado de una investigación administrativa.
2. El señor Jairo Romero Bonilla murió el 22 de marzo de 2001.
3. El Municipio de Santiago de Tolú no afilió al señor Jairo Romero Bonilla al Sistema de Seguridad Social, por lo tanto, según el artículo 8 del Decreto 1642 de 1995, debe responder «[...] por el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por riesgo común, que se haya causado durante el periodo de no afiliación al Sistema General de Pensiones [...]».
4. El señor Jairo Romero Bonilla contrajo matrimonio el 27 de diciembre de 1997 con la señora Esmeralda Lucía Issa Martínez, con quien tuvo un hijo, Salín José Romero Issa.

³ Ff. 4-6.

5. Con anterioridad a este matrimonio, el señor Jairo Romero Bonilla mantuvo una relación con la señora Damaris de Jesús Julio Gómez, con quien procreó a los menores Johafanna Eileen y Jhon Jairo Romero Julio.

6. El último salario básico que devengó el señor Jairo Romero Bonilla en su cargo fue de \$2.920.860 por lo que hay lugar al reconocimiento de la prestación en una cuantía de \$2.190.645, correspondiente al 75%.

7. Los actores elevaron derecho de petición ante la demandada solicitando el reconocimiento y pago de la referida prestación, a lo que esta respondió negativamente a través del Oficio del 25 de marzo de 2008, hoy acusado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 25, 29 y 53 de la Constitución Política; 13 literal f), 33, parágrafo 1, y 46 de la Ley 100 de 1993.

Los demandantes explicaron que la Ley 100 de 1993 creó el Sistema de Seguridad Social Integral, concibiendo entre sus prestaciones la pensión de sobrevivientes consagrada en el artículo 46 *ibidem*.

Seguidamente, hicieron mención a la sentencia del 30 de agosto de 2000, proferida por la Corte Suprema de Justicia (rdo. 13818), en la que, con base en el artículo 8 del Decreto 1642 de 1995, se condenó al empleador a pagar la pensión de sobrevivientes en virtud de su incumplimiento en el pago de las cotizaciones al sistema pensional.

Sostuvieron que en su caso resultaba aplicable el segundo supuesto de que trata el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 según el cual hay derecho a la pensión de sobrevivientes cuando el afiliado, habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte. Con tal fin, anotaron que el señor Jairo Romero Bonilla se desempeñó como alcalde del municipio de Santiago de Tolú entre el 1 de enero de 1998 y el 30 de noviembre de 1999; que murió el 22 de marzo de 2001 y; que el año en el que debían contarse las 26 semanas cotizadas corría entre el 22 de marzo de 1999 y 2000.

En ese orden de ideas, manifestaron tener derecho a la prestación en comento ya que el inciso 4 del artículo 8 de Decreto 1642 de 1995 ordena a la entidad territorial responder por el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente por riesgo común causada durante el periodo de no afiliación al Sistema General de Pensiones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁴

El municipio de Santiago de Tolú se opuso a todas las pretensiones de la demanda. En su defensa, aludió al artículo 46 de la Ley 100 de 1993 para señalar que los demandantes no cumplen los requisitos que en él se establecen. Al respecto precisó que el fallecimiento del señor Jairo Romero Bonilla se produjo el 22 de marzo de 2001, fecha para la cual había transcurrido un año, tres meses y veintiún días desde que este dejó de trabajar como alcalde del municipio de Santiago de Tolú.

De otro lado, formuló las siguientes excepciones:

- **Falta de oportunidad para reclamar:** Los demandantes debieron hacerse parte del proceso de reestructuración de pasivos que tuvo la entidad.

- **«Alegación en su beneficio de su propio error o culpa».** Señaló que por mandato del artículo 311 de la Constitución Política, los alcaldes municipales tienen autonomía presupuestal y administrativa por lo que era el propio señor Jairo Romero Bonilla quién debía ordenar su afiliación al fondo de pensiones. En ese orden de ideas, dijo el municipio de Santiago de Tolú, ahora no resulta viable que los demandantes se excusen en el error cometido por aquel con el objetivo de hacerse a la pensión de sobrevivientes.

- **Inepta demanda por falta de requisitos formales.** Adujo que la demanda no incluyó una correcta estimación razonada de la cuantía toda vez que no precisó el valor de la pretensión mayor para que con ello pudiese establecerse el juez competente.

- **Falta de competencia.** Explicó que la cuantía del proceso superaba los 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes que prevé el artículo 134 B del Código Contencioso Administrativo para que los jueces administrativos conozcan en primera instancia.

- **La genérica.** Solicitó declarar cualquier otra excepción que resultare probada dentro del proceso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

- **Esmeralda Lucía Issa Martínez y Salín Romero Issa⁵**

⁴ Ff. 80-84.

⁵ Ff. 157-160.

Su alegato comenzó por abordar los hechos que se encontraban probados, entre los cuales resaltó que el señor Jairo Romero Bonilla fue una persona que en su desenvolvimiento personal se preocupó por cumplir con las obligaciones necesarias para en un futuro acceder a una pensión. Agregaron que el finado cumplió cotizando un número de semanas superior a 26, que son las legalmente exigidas.

Seguidamente, afirmaron que había prueba de que el citado falleció a causa de la delincuencia, de que la señora Esmeralda Lucía Issa Martínez era su cónyuge y el menor Salín Romero Issa, su hijo. A su juicio, todo ello determina la existencia del derecho pensional a su favor.

Finalmente, sostuvieron que una sentencia favorable a sus peticiones exaltaría el cumplimiento de los artículos 42, 44, 45, 48 y 228 de la Constitución Política.

- Johafanna Eileen y Jhon Jairo Romero Julio

No hicieron uso de esta oportunidad procesal.

- Demandada⁶

El municipio de Santiago de Tolú reiteró que no se cumplían los requisitos de que trata el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 y destacó que el escaso material probatorio arrojado al plenario no permite acreditar los hechos narrados en la demanda. Al respecto, indicó que no había prueba que demostrase la negación de la reclamación administrativa ni la legitimación en la causa de los demandantes ya que los documentos que se aportaron con tal fin obran en copia simple, por lo que no llenan los requisitos exigidos en el artículo 254 del Código General del Proceso.

MINISTERIO PÚBLICO

Se abstuvo de emitir concepto en esta instancia.

SENTENCIA APELADA⁷

El Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Segunda de Decisión Escritural, mediante sentencia del 16 de diciembre de 2015, denegó las súplicas de la demanda.

⁶ Ff. 152-153.

⁷ Ff. 236-244.

Las excepciones de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales y falta de competencia fueron resueltas de forma negativa, las demás se resolvieron al desatar de fondo la *litis*. Respecto de aquellas, señaló el *a quo* que el yerro en que incurrió la demanda al no realizar la estimación razonada de la cuantía fue subsanado por el juez administrativo que venía conociendo del proceso, quien concluyó que este no era de su competencia en razón de la cuantía, ordenando su remisión al Tribunal correspondiente.

Para estudiar el fondo del asunto, se refirió a los artículos 46, 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 que, en su orden, consagran el derecho a la pensión de sobrevivientes y sus beneficiarios en el régimen de prima media y en el de ahorro individual con solidaridad.

Seguidamente, aludió a la sentencia del 2 de octubre de 2014, según la cual las consecuencias derivadas de la omisión del empleador de afiliar a sus trabajadores a un fondo de pensiones y de efectuar los aportes correspondientes no pueden ser trasladadas a los beneficiarios de las prestaciones, mismas que en tales eventos han de ser asumidas en forma directa por el empleador.

Respecto del caso concreto, indicó que el municipio de Santiago de Tolú, en principio, era responsable de las prestaciones correspondientes al señor Jairo Romero Bonilla toda vez que no lo afilió al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, a pesar de haberle efectuado los descuentos legales.

No obstante lo anterior, consideró que no había lugar al reconocimiento pensional toda vez que no se demostró que en el año inmediatamente anterior a su fallecimiento, es decir, entre el 22 de marzo de 2001 y el 22 de marzo de 2000, hubiere estado vinculado laboralmente con la entidad demandada.

Además, señaló que si en gracia de discusión se tuviere por probada la suspensión administrativa de la que fue objeto el señor Jairo Romero Bonilla, tampoco habría lugar a la prestación deprecada ya que durante el término de ejecución de una sanción de esta naturaleza el empleador únicamente está obligado a realizar los aportes correspondientes a salud.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN⁸

Inconforme con la decisión, la señora Damaris de Jesús Julio Gómez, en representación de sus hijos menores Johafanna Eileen y Jhon Jairo Romero Julio, interpuso recurso de alzada, el cual fue admitido en decisión del 3 de agosto de 2016. Por su parte, la señora Esmeralda Lucía Issa Martínez, actuando en nombre propio y en representación de su hijo menor Salín Romero Issa, manifestó

⁸ Ff. 248-255.

interponer recurso de apelación adhesiva, sin embargo este fue declarado desierto en auto proferido el 11 de septiembre de 2016.

Los argumentos en que se sustentó el recurso de apelación admitido fueron los siguientes:

Comenzaron por señalar que el derecho a la seguridad social establecido en el artículo 48 de la Constitución Política tiene una doble connotación, como servicio público obligatorio y como derecho de carácter irrenunciable de especial protección constitucional. Adujo que, en consecuencia, se debían garantizar y prestar los servicios asistenciales y prestaciones económicas derivadas de contingencias como la muerte.

Seguidamente, explicaron que la pensión de sobrevivientes tenía como objeto asegurar que los integrantes de la familia del causante pudieran continuar con el mismo modo de vida que tenían antes del fallecimiento de aquel. Aseguró que los apelantes son personas de especial protección constitucional, de manera que el no reconocimiento de esta prestación económica transgrede claramente disposiciones constitucionales y derechos fundamentales.

Según manifestaron, su derecho se afinca en lo dispuesto en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, último que legitima a devengar esta prestación al cónyuge supérstite, a los hijos menores de edad y los mayores incapacitados para laborar en razón de sus estudios o inválidos de cualquier edad que dependieren económicamente del causante. Señalaron que acreditados los requisitos de parentesco y dependencia económica no era viable exigir algún otro.

De otro lado, precisaron que el origen de la contingencia determina la entidad del Sistema de Seguridad Social que debe asumir la prestación y que a pesar de que las controversias para definir tal elemento tienen cabida, no pueden ser excusa para admitir la desprotección de los derechos de los beneficiarios de dichas prestaciones pues ello atentaría contra principios constitucionales. Estas consideraciones se basaron en los Decretos 1295 de 1994 y 2463 de 2001, en cuanto prevén el trámite de calificación de origen ante las Juntas de Calificación de Invalidez.

Aludieron al artículo 13 de la Ley 100 de 1993 para destacar la obligatoriedad de la afiliación de todos los trabajadores dependientes e independientes al Sistema General de Seguridad Social y señalaron que la consecuencia de no hacerlo debía ser que el empleador asumiera la responsabilidad de las prestaciones.

Negaron que el señor Jairo Romero Bonilla hubiese estado suspendido de su cargo y aseguraron que cuando falleció lo que había en contra suya era una medida de aseguramiento con detención domiciliaria y que, al morir, la Fiscalía General de la Nación le precluyó la investigación. Señalaron que el Estado no solo no le garantizó la vida al citado sino que, ahora, pretende desconocerle los

derechos fundamentales a su esposa e hijos por la omisión en el pago de los aportes al sistema de seguridad social a pesar de que se le practicaron los respectivos descuentos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes se abstuvieron de hacer uso de esta oportunidad procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO⁹

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado solicitó declarar la nulidad desde el auto que ordenó alegar de conclusión ya que, en su criterio, no era viable que, habiéndose declarado la nulidad de todo lo actuado y dejado a salvo la prueba que se recaudó, se prosiguiera con dicha etapa sin antes admitir nuevamente la demanda, ordenar las notificaciones respectivas y fijar en lista para efectos de la contestación.

CONSIDERACIONES

Anotación preliminar

Una vez analizado el concepto que rindió el Ministerio Público ante esta instancia, la Sala estima pertinente estudiar si en efecto la validez del proceso se encuentra viciada.

El artículo 165 del Código Contencioso Administrativo señala que lo relativo a las causales de nulidad, el trámite de sus incidente y resolución debe regirse por lo dispuesto en los artículos 152, 153, 154 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. En efecto, dicho código y no el General del Proceso debe resultar aplicable al caso que nos convoca pues era el vigente para la fecha en que se surtieron las actuaciones procesales que habrían dado lugar a la irregularidad alegada.

En materia de nulidades el sistema adoptado en el régimen procesal colombiano es el de las nulidades expresas en la medida en que solo se erigen como tales aquellas que hayan sido contempladas taxativamente por el legislador.

⁹ Ff. 284-288.

Así lo dispone el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil cuando, en su párrafo único, señala que «[...] Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas, si no se impugnan oportunamente por medio de los recursos que este código establece». En el mismo sentido, el inciso 4 del artículo 143 *ibidem* prevé que «[...] El juez rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo, en hechos que pudieron alegarse en excepciones previas u ocurrieron antes de promoverse otro incidente de nulidad, o que se proponga después de saneada [...]»

Establecido lo anterior, es importante señalar que el artículo 140 en mención preveía la nulidad del proceso en cualquiera de las siguientes circunstancias:

[...]

1. Cuando corresponda a distinta jurisdicción.
2. Cuando el juez carece de competencia.
3. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.
4. Cuando la demanda se tramite por proceso diferente al que corresponde.
5. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si en estos casos se reanuda antes de la oportunidad debida.
6. Cuando se omiten los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión.
7. Cuando es indebida la representación de las partes. Tratándose de apoderados judiciales esta causal sólo se configurará por carencia total de poder para el respectivo proceso.
8. Cuando no se practica en legal forma la notificación al demandado o a su representante, o al apoderado de aquél o de éste, según el caso, del auto que admite la demanda o del mandamiento ejecutivo, o su corrección o adición.
9. Cuando no se practica en legal forma la notificación a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público en los casos de ley [...]

Ahora bien, por vía de jurisprudencia constitucional, también se ha aceptado como causal de nulidad la prueba obtenida ilegalmente en los términos del artículo 29 de la Constitución Política.

En el caso que nos ocupa, el Ministerio Público impugnó la validez del proceso al considerar que se configuraba la causal 3 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil por cuanto en su criterio se habría pretermitido una instancia procesal. A efectos de analizar si le asiste razón a la vista fiscal es preciso hacer mención al siguiente *iter* procesal:

- La demanda fue radicada el 22 de julio de 2008 ante el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo¹⁰.
- Una vez admitida y habiéndose decretado y practicado las pruebas, mediante auto del 3 de marzo de 2011, el despacho en comento decidió «[...] Declarar su falta de competencia por factor objetivo. Como consecuencia, ordena enviar al Tribunal Administrativo de Sucre-Reparto para su conocimiento el presente caso [...]»¹¹.
- El Tribunal Administrativo de Sucre, en auto del 18 de mayo de 2011, resolvió avocar conocimiento del proceso y declarar la nulidad de todas las actuaciones surtidas por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo, dejando a salvo las pruebas practicadas¹².
- Mediante auto del 16 de agosto de 2011, el referido Tribunal corrió traslado a las partes por el término común de 10 días para que presentaran sus alegatos de conclusión¹³.
- Dentro del término concedido tanto los demandantes Esmeralda Lucía Issa Martínez y Salín Romero Issa como la entidad demandada presentaron sus alegaciones de cierre¹⁴.

Establecido lo anterior, se observa que el reproche formulado se afinca en el hecho de que, habiéndose declarado la nulidad de lo actuado, se dio traslado para alegar de conclusión en lugar de admitir nuevamente la demanda. A pesar de que en efecto se presentó la irregularidad advertida por el Ministerio Público esta no se ajusta a la causal de que trata el numeral 4 del citado artículo 140 toda vez que si bien es cierto se pretermitieron algunas etapas procesales, no puede sostenerse que se omitió íntegramente la instancia procesal, que es lo que exige la norma para que se configure la causal en cuestión.

A ello se suma que el yerro anotado no repercutió sustancialmente en el derecho de defensa que le asiste a las partes como sí se afectaría el de la tutela judicial efectiva si en un momento tan avanzado del proceso este se retrotrae a la etapa de admisión de la demanda.

En ese orden de ideas, resulta necesario concluir que si bien se presentó una irregularidad procesal en el trámite de la primera instancia, esta debe tenerse por saneada toda vez que las partes no la impugnaron oportunamente a través de los

¹⁰ Ff. 69-70.

¹¹ F. 143.

¹² F. 148.

¹³ F. 150.

¹⁴ Ff. 152-153 y 157-160.

mecanismos procesales pertinentes, procediendo por el contrario a alegar de conclusión.

Por lo anterior, no está llamada a prosperar la nulidad que solicitó la Procuraduría General de la Nación.

Problemas jurídicos

Los problemas jurídicos que se deben resolver en esta sentencia se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿El señor Jairo Romero Bonilla dejó causada la pensión de sobrevivientes en los términos de la Ley 100 de 1993?

2. ¿Los demandantes Johafanna Eileen y Jhon Jairo Romero Julio, en condición de hijos del señor Jairo Romero Bonilla, cumplen los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993 para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes?

De ser afirmativa la respuesta, ¿En qué porcentaje deberá reconocerse el derecho pensional?

Primer problema jurídico.

¿El señor Jairo Romero Bonilla dejó causada la pensión de sobrevivientes en los términos de la Ley 100 de 1993?

i)

régimen general de la pensión de sobrevivientes consagrado en la Ley 100 de 1993

R

Conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. De ahí que el legislador quedó habilitado para configurar el sistema de seguridad social sometido a dichos principios y a los parámetros fundamentales establecidos en la citada norma constitucional.

En efecto, fue a través de la Ley 100 de 1993, que el legislador organizó el sistema de seguridad social integral cuya finalidad es la de proteger los derechos irrenunciables de todas las personas para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten. Este sistema comprende las obligaciones del Estado, la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios u otras que se incorporen en el futuro.

El Sistema de Seguridad Social Integral se encuentra conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales, hoy denominados laborales, y los servicios sociales complementarios que se definen en la misma Ley 100 de 1993.

En lo que tiene que ver con el régimen de pensiones, su objetivo es garantizar a la población el amparo contra las eventualidades derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la citada ley.

Con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, tanto el régimen general contemplado en la Ley 100 de 1993 como los regímenes exceptuados han previsto una prestación dirigida a suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el fallecido 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. Se trata de la pensión de sobrevivientes, cuyo reconocimiento se fundamenta en normas de carácter público y constituye un desarrollo del principio de solidaridad.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-1094 de 2003, manifestó:

[...] Por su parte, el legislador ha dispuesto que el sistema general de pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones.

La pensión de sobrevivientes constituye entonces uno de los mecanismos instituidos por el legislador para la consecución del objetivo de la seguridad social antes mencionado. La finalidad esencial de esta prestación social es la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte que las personas que dependían económicamente del causante

puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido. Por ello, la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del causante y compartía con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades [...] (Se subraya)

En los artículos 46, 47, 48 y 49 de la Ley 100 de 1993 se regula lo relativo a la pensión de sobrevivientes en el régimen de prima media con prestación definida mientras que los artículos 73, 74, 75, 76, 77 y 78 se encargan de esta prestación en el régimen de ahorro individual con solidaridad. Esta normativa fue modificada por la Ley 797 de 2003, en la que se consagran, entre otras, los requisitos necesarios para ser acreedor de tal prestación, sus beneficiarios y los recursos a través de los cuales se financia.

En uno y otro régimen¹⁵ los requisitos para acceder a la pensión son los establecidos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que en su texto original señalaba los siguientes:

[...] 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:
 - 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 [...]

Esta norma sería modificada por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que comenzó a regir el 29 de enero de 2003 y dispuso:

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

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

¹⁵ Artículo 73. Los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes en el régimen de capitalización individual con solidaridad así como su monto, se regirán por las disposiciones contenidas en los artículos [46](#) y [48](#), de la presente ley.

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:

a) <Literal inexecutable>

b) <Literal inexecutable>

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. <Parágrafo inexecutable>[...]

Se observa pues que ambas normas distinguen entre el pensionado por vejez o invalidez, caso en el que no se requiere más que su deceso, y el afiliado al sistema. En el último evento, los requisitos para la causación del derecho varían en el contenido original del artículo 46 de la Ley 100 y en el de la modificación que introdujo la Ley 797 de 2003. La primera de tales disposiciones diferencia entre el afiliado que se encuentre cotizando al sistema, respecto del cual exige que aporte durante por lo menos veintiséis semanas al momento de la muerte, y el afiliado que, a pesar de haber dejado de cotizar al sistema, efectuó aportes durante por lo menos veintiséis semanas del año inmediatamente anterior al momento en que muere. Por su parte, el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 demanda un mínimo de semanas cotizadas que asciende a cincuenta dentro de los tres años previos al fallecimiento del afiliado al sistema.

ii) Tránsito de legislación en materia pensional.

La regla general en asuntos pensionales es que la normativa aplicable sea la vigente para la fecha en que se reúnan los requisitos que permiten acceder a la prestación. En otras palabras, el momento de consolidación plena del derecho es lo que, en principio, determina las disposiciones que han de gobernar una determinada situación fáctica. En el caso de la pensión de sobrevivientes, el estatus pensional se consolida en la fecha de fallecimiento del causante de la prestación.

No obstante lo anterior, esa regla general puede verse exceptuada al menos en tres casos. El primero, en los eventos en que se deroga una ley pero la nueva normativa dispone expresamente la existencia de un régimen de transición a través del cual se protegen las expectativas legítimas de quienes ya tenían un camino recorrido en aras de acceder al derecho en los términos de la legislación anterior.

El segundo de ellos sucede cuando, al momento de causarse el derecho, se está en presencia de dos o más disposiciones jurídicas vigentes que proveen una solución al mismo caso. En estos eventos, en virtud del principio de favorabilidad, se debe escoger, en su integridad, el texto normativo que le represente mayor provecho al trabajador, afiliado o beneficiario del Sistema de Seguridad Social, estando proscrita la posibilidad de aplicar parcialmente uno y otro texto para elegir de cada uno lo que resulta más beneficioso. Lo anterior en virtud de lo que se conoce como el principio de inescindibilidad o conglobamento.

Finalmente, aparece el fenómeno de la retrospectividad de la ley, que al igual que el primer supuesto aplica en el caso de un tránsito normativo, suponiendo la posibilidad de que la nueva norma gobierne situaciones fácticas y jurídicas que han estado reguladas por la disposición precedente pero que siguen en curso puesto que no se han consolidado para el momento en que aquella entra en rigor. La finalidad que pretende satisfacer esta figura es que las personas puedan beneficiarse con la aplicación de una nueva norma que propende por la garantía de derechos ligados al concepto de dignidad humana y a la superación de situaciones de desigualdad y marginación.

Específicamente en materia de pensión de sobrevivientes la Sala Plena de la Sección Segunda de esta Corporación ha sentado una regla jurisprudencial que proscribía la aplicación de una norma que no se encontraba vigente al momento de la muerte del causante de la prestación, premisa cuya construcción descansa en el principio de irretroactividad de la ley. En esta oportunidad señaló el Consejo de Estado:

[...] 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 [...] ¹⁶

iii) Caso concreto

Acuden en apelación Johafanna Eileen y Jhon Jairo Romero Julio, quienes, en condición de hijos del señor Jairo Romero Bonilla, pretenden el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes. Para decidir si les asiste tal derecho, se tendrán por probadas las siguientes circunstancias:

- El señor Jairo Romero Bonilla fue elegido alcalde del municipio de Santiago de Tolú para el periodo electoral de 1998 a 2000, sin embargo se desempeñó en dicho cargo entre el 1 de enero de 1998 y el 30 de noviembre de 1999 ¹⁷.
- Durante su vinculación, el municipio de Santiago de Tolú no afilió al Sistema de Seguridad Social ni realizó los aportes pensionales correspondientes al señor Jairo Romero Bonilla, a pesar de haberle efectuado los respectivos descuentos de ley ¹⁸.
- El señor Jairo Romero Bonilla falleció el 22 de marzo del año 2001 ¹⁹.

Establecido lo anterior, lo primero que hay que anotar es que el municipio de Santiago de Tolú faltó a sus obligaciones como empleador al no afiliarse al señor Jairo Romero Bonilla al Sistema de Seguridad Social. Sin embargo, de cumplirse los requisitos para la causación del derecho ello no sería óbice para el reconocimiento pensional ya que en tales casos el artículo 8 del Decreto 1642 de 1995 le asigna la responsabilidad directamente a la entidad empleadora, en los siguientes términos:

[...] Artículo 8o. Responsabilidad de las entidades. En todos los casos, respecto de aquellos trabajadores que hubiesen sido afiliados por fuera del término a cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público del nivel nacional o territorial, o del sector privado, las prestaciones que llegaren a causarse durante tal periodo por razón de invalidez o de muerte por riesgo común, serán reconocidas y pagadas por la caja, fondo o entidad que lo afilió por fuera de término.

Los empleadores del sector privado que no hubiesen afiliado a sus trabajadores al Sistema General de Pensiones, deberán asumir el reconocimiento y pago de las pensiones de invalidez o de sobrevivientes o sustitución, por riesgo común, que se llegasen a causar durante el periodo en el cual el trabajador estuvo desprotegido.

¹⁶ Sentencia del 25 de abril de 2013; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, expediente 1605-09.

¹⁷ Ff. 16; 106-107; 127; 190.

¹⁸ Ff. 17 y 190.

¹⁹ F. 18.

En caso de tratarse de empleadores del sector público del nivel nacional, el reconocimiento de las pensiones de invalidez o de sobrevivientes por riesgo común, que se hubiesen causado durante el periodo de no afiliación al Sistema General de Pensiones, deberá hacerlo la Oficina de Obligaciones Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, o quien haga sus veces, y el pago de dicha prestación estará a cargo del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional.

Para los empleadores del sector público del nivel territorial, el reconocimiento y pago de las pensiones de invalidez o de sobrevivientes por riesgo común, que se hubiesen causado durante el periodo de no afiliación al Sistema General de Pensiones, se efectuará por parte del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Territorial correspondiente, con cargo a los recursos que le deben destinar las entidades territoriales para tal fin [...]
(Negrilla de la Sala)

Así las cosas, es preciso entender que a pesar de que el municipio de Santiago de Tolú no afilió al citado al Sistema de Seguridad Social, en virtud de su falta, el tratamiento que debe otorgársele durante el tiempo que efectivamente haya laborado como alcalde de dicha entidad territorial es de afiliado cotizante.

En los folios 16 y 190 del expediente obran certificaciones expedidas por el empleador relativas al tiempo en que el señor Jairo Romero Bonilla trabajó en dicho cargo. En la primera de ellas se dice que laboró desde el 1 de enero de 1998 hasta el 30 de noviembre de 1999 y, en la segunda, que su mandato terminó el 29 de noviembre de 1999. La Sala tendrá en cuenta la primera de las certificaciones por resultar más favorable a los demandantes y respecto de la misma considera importante señalar que no fue tachada de falsa ni su contenido controvertido a través de los mecanismos procesalmente dispuestos.

De otro lado, es preciso señalar que como el señor Jairo Romero Bonilla murió el 22 de marzo de 2001, esta sería la fecha de causación del derecho reclamado y, por ende, el parámetro para definir la disposición aplicable, que estaría dada por el texto original de la Ley 100 de 1993.

También hay que indicar que en el expediente no existe prueba que acredite que el señor Jairo Romero Bonilla se hubiere encontrado haciendo aportes al sistema para el día de su deceso. Por esta razón, la causación del derecho a la pensión de sobrevivientes exige que el causante de la prestación «[...] hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte [...]».

Establecido lo anterior, la Sala advierte que no existe prueba alguna que demuestre que entre el 23 de marzo de 2000 y el 22 de marzo de 2001 el finado hubiese cotizado como mínimo veintiséis semanas, motivo por el cual no nació el derecho deprecado. Distinto sería el análisis si, en lugar de haber trabajado como alcalde hasta el 30 de noviembre de 1999, el causante hubiese culminado su periodo electoral pues en tal caso se cumplirían las veintiséis semanas que exige la norma dentro del año inmediatamente anterior a la muerte, mismas que si bien

no se habrían cotizado en virtud del incumplimiento de las obligaciones del municipio de Santiago de Tolú como empleador, tendrían que ser tenidas en cuenta a efectos de responsabilizar directamente a la entidad del reconocimiento de dicha prestación.

En conclusión, el señor Jairo Romero Bonilla no dejó causada la pensión de sobrevivientes como quiera que no satisface el requisito relativo al número de semanas cotizadas contenido en el texto original del artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

La respuesta negativa al primero de los interrogantes planteados exonera a esta Sala de abordar el estudio del segundo problema jurídico.

Decisión de segunda instancia.

Por lo expuesto, la Subsección A confirmará la sentencia de primera instancia del 16 de diciembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Segunda de Decisión Escritural, que denegó las pretensiones de la demanda.

Condena en costas

Toda vez que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que solo hay lugar a la imposición de condena en costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna procedió de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: CONFÍRMASE la sentencia de primera instancia del 16 de diciembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Segunda de Decisión Escritural, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora Esmeralda Lucía Issa Martínez y otros en contra del municipio de Santiago de Tolú.

Segundo: Sin condena en costas.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ