

SUSTITUCIÓN PENSIONAL – Régimen legal / SUSTITUCIÓN PENSIONAL – Beneficiarios / PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD – Requisitos para acceder a sustitución pensional / DEPENDENCIA ECÓNOMICA – Persona en situación de discapacidad / SUSTITUCIÓN PENSIONAL - Demostró que se encuentra en situación de discapacidad y que dependió económicamente de su hermana al no laborar ni valerse por sí misma / PRESCRIPCIÓN MESADAS PENSIONALES – No opero al solicitar la sustitución pensional dentro de los 3 años siguientes el fallecimiento

[L]os medios de prueba referenciados dan certeza suficiente a esta Subsección para concluir que: i) la señora María Olga Agudelo Bernate es hermana de la señora María Dora Agudelo Bernate; ii) que la demandante padece de un retardo mental desde su nacimiento que le impide desarrollar una actividad productiva para proveerse los medios necesarios para su congrua subsistencia, requiriendo por lo tanto, de asistencia para poder atender sus necesidades, y que (iii) dependía económicamente de la causante hasta la fecha de fallecimiento. Por tanto, la nulidisciente cumple con los requisitos para ser beneficiaria de la sustitución pensional. En este orden de ideas, el análisis probatorio aplicado a las normas que rigen el caso, permiten llevar al convencimiento a esta instancia, de la total dependencia económica de la demandante para con su hermana, aunado a lo advertido en precedencia de que se trata de una persona en estado de debilidad manifiesta y con protección constitucional reforzada, dado su situación de discapacidad y su edad. Ahora, respecto de la cuantía de la pensión que es objeto del recurso de alzada, se encuentra que acorde con lo previsto por el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, reglamentado parcialmente por el Decreto 832 de 1996, el monto de la pensión de sobrevivientes por fallecimiento del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquél disfrutaba. Bajo el anterior presupuesto normativo, considera la Subsección que el monto de la sustitución pensional reconocida a favor de la señora María Olga, debe ser el 100% de la pensión que en vida disfrutaba su hermana María Dora, y no, en un porcentaje de acuerdo al número de hermanos que tiene la demandante, como lo pretende la entidad demandada, además de lo anterior, como quedó probado en el plenario, la demandante siempre dependió económicamente de la causante. En conclusión: Se acreditaron los requisitos previstos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, para reconocer a la señora María Olga Agudelo Bernate en su calidad de hermana, la sustitución de la pensión de la causante María Dora Agudelo Bernate, en la medida en que demostró que se encuentra en situación de discapacidad y que dependió económicamente de su hermana durante toda su vida, toda vez que no puede laborar ni mucho menos valerse por sí misma.

FUENTE FORMAL: LEY 797 DE 2003 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 48 / DECRETO 832 DE 1996

SUSTITUCIÓN PENSIONAL – Pago de mesadas / PENSION RECONOCIDA POR CAPRECOM – Debe ser asumida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales-UGPP / DESCUENTOS POR APORTES A SALUD - procedente conforme al cálculo actuarial que efectúe la entidad demandada

Considera la Subsección que no es de recibo el argumento expuesto por la entidad recurrente, en el sentido de que en esta instancia se ordene que el pago de la prestación reconocida debe ser desde el momento en que asumió las funciones de CAPRECOM y por tanto, el retroactivo pensional desde el 22 de octubre de 2010 –fecha de reconocimiento de la sustitución- sea asumido por el patrimonio autónomo constituido para el efecto, ello en atención a que no es viable el estudio de cuestionamientos respecto de decisiones ejecutoriadas y en firme en etapas procesales anteriores. En este sentido, se observa que la UGPP asumió las funciones que antes desempeñaba CAPRECOM respecto de los

pensionados de TELECOM, y, durante el trámite del presente proceso, contestó la demanda antes de ser vinculado, no interpuso los recursos contra las providencias que la vincularon y que declararon la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de CAPRECOM, por tanto, no puede en esta instancia, traer como uno de los argumentos de la alzada que dicha entidad no es la encargada del pago de la sustitución pensional porque desde el escrito del libelo introductor tenía conocimiento que la pretensión era desde el año 2010.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 63001-23-33-000-2014-00288-01(5056-16)

Actor: MARÍA OLGA AGUDELO BERNATE

Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES Y OTRO

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-074-2018

ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2016 por el Tribunal Administrativo del Quindío, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora María Olga Agudelo Bernate a través del curador general en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones-CAPRECOM y posteriormente, se vinculó a Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales-UGPP.

Pretensiones¹

¹ Folios 1 y 2.

1. Declarar la nulidad de la Resolución 002481 del 26 de diciembre de 2013, expedida por el subdirector de Prestaciones Económicas de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones-CAPRECOM, mediante la cual se niega el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho solicitó:

2. Ordenar a CAPRECOM el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a partir del 23 de octubre de 2010, equivalente al 75% del salario promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios de la señora María Dora Agudelo Bernate.

3. Ordenar la inclusión en nómina de los pensionados y el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina.

4. Pagar los ajustes por concepto de las Leyes 71 de 1988 y 100 de 1993. Reconocer y los intereses moratorios de que trata el artículo 179 del CPACA.

5. Dar cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 del CPACA y condenar en costas.

Fundamentos fácticos²

1. La causante, señora María Dora Agudelo Bernate fue pensionada por medio de Resolución 3876 del 16 de septiembre de 1980, por parte de CAPRECOM.

2. La señora Agudelo Bernate falleció el 22 de octubre de 2010.

3. La aquí demandante dependía económicamente de la causante, por lo que solicitó la pensión de sobrevivientes, previa tramitación de un proceso de interdicción judicial, que su curador general, llevó a cabo ante el Juzgado Primero de Familia de Armenia.

4. La entidad demandada negó la petición de la demandante a través de Resolución 2481 del 26 de diciembre de 2013.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la prueba.³

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvención. Además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

² Folio 3.

³ Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. (2015) EJRLB.

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo⁴.

En el presente caso a folios 191 vuelto y cd visible a folio 193, en la etapa de excepciones previas se indicó lo siguiente:

«[...] Encontrándose en el punto referente a las excepciones propuestas por CAPRECOM, el magistrado procede a advertir que las excepciones de: mala fe del demandante, buena fe de CAPRECOM, la innominada y de prescripción propuestas por CAPRECOM y las de: presunción de legalidad de los actos administrativos, falta de cumplimiento de requisitos legales para acceder al derecho reclamado, buena fe de la demandada y prescripción, propuestas por la UGPP, por ser excepciones de fondo que buscan enervar las pretensiones de la demanda se resolverán al momento de proferir el respectivo fallo.

La excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de CAPRECOM, por ser PREVIA se resuelve advirtiendo que se hace necesario recordar que ya el Tribunal vinculó a la actuación a la UGPP, según auto de 22 de septiembre de 2015 (sic) lo anterior, teniendo en cuenta el Decreto 2408 de 2014 que estableció como plazo final para la entrega de la función pensional de TELECOM a la UGPP, el 31 de mayo de 2015, fecha desde la cual, la competencia para responder en esta clase de asuntos recae en la UGPP solamente. Dicha entidad respondió la demanda y se tiene vinculada. Por lo tanto se declara probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto a CAPRECOM y el proceso continuará su curso normal con relación a la UGPP. [...]» (Mayúsculas del texto).

La decisión quedó notificada en estrados y las partes no interpusieron recursos.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo», porque es guía y ajuste de esta última.⁵

En el *sub lite*, del minuto 8:45 a 9:32 del cd que obra a folio 193, se fijó el litigio respecto del problema jurídico de la siguiente forma:

Problema jurídico según la fijación del litigio

«[...] Se debe dilucidar: ¿Está viciado de nulidad el acto administrativo acusado contenido en la Resolución 2481 del 26 de diciembre de 2013, a través de la cual CAPRECOM le negó a la accionante el reconocimiento de una pensión de sobreviviente en su calidad de hermana inválida dependiente económicamente de la causante María Dora Agudelo Bernate?

Si es así, deberá señalarse si es procedente el restablecimiento del derecho tendiente a reconocer a la accionante la pensión solicitada, equivalente a un 75% del salario y de todos los factores salariales devengados durante el último año de

⁴ Ramírez Jorge Octavio, consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo EJRLB.

⁵ Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB.

servicio de la causante. [...]»

Se le concedió el uso de la palabra a las partes y manifestaron estar de acuerdo.

SENTENCIA APELADA⁶

El *a quo* profirió sentencia escrita, en la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Analizó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003, para señalar que conforme a lo regulado por la normativa en cita, los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente, a falta de cónyuge, o compañero permanente, o de hijos o de padres, son beneficiarios los hermanos inválidos del causante siempre y cuando se establezca la dependencia económica.

Estudió las pruebas documentales y testimoniales aportadas al plenario, para concluir que dada la situación especial de salud en que se encuentra la demandante, desde varios años antes del fallecimiento de la causante, se demostró que dependía económicamente de la ella, lo que permite la viabilidad de la sustitución de pensión reclamada.

Conforme a lo probado en el proceso, consideró que la demandante reunía los requisitos para ser beneficiaria de la sustitución pensional, por tanto: i) declaró no probadas las excepciones de presunción de legalidad de los actos administrativos, falta de cumplimiento de los requisitos legales para acceder al derecho reclamado y de prescripción propuestas por la UGPP; ii) declaró la nulidad del acto administrativo demandado; iii) ordenó a la UGPP el reconocimiento y pago a favor de la señora María Olga Agudelo Bernate de la pensión de sobreviviente que en vida percibía su hermana María Dora Agudelo Bernate, a partir del 22 de octubre de 2010 y autorizó los descuentos por concepto de aportes al sistema general de seguridad social en salud; iv) declaró que no había lugar a declarar la excepción de prescripción de las mesadas pensionales, por cuanto la petición se efectuó el 5 de septiembre de 2013, además de los preceptos señalados en el artículo 2530 del Código Civil que prevé la inaplicación de la prescripción tratándose de incapaces, y; v) no condenó en costas.

Negó la pretensión encaminada al reconocimiento de la pensión en la cuantía del 75% de todos los factores salariales percibidos por la causante, toda vez que no se demostró el porcentaje pensional reconocido a la causante, ni los factores salariales que se le incluyeron y mucho menos los percibidos por ella en el último año de servicio, además de ello, dicha petición no fue objeto de debate en sede administrativa, lo que impide al Tribunal efectuar un pronunciamiento al respecto.

RECURSO DE APELACIÓN⁷

La parte demandada solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar negar las pretensiones o, en su defecto, se modifique y adicione la providencia, conforme los argumentos que a continuación se exponen:

⁶ Folios 216 a 226.

⁷ Folios 230 a 232.

Sostuvo que con fundamento en lo probado y de acuerdo a lo expuesto en la contestación de la demanda y en las excepciones propuestas durante el trámite del proceso, se deben desestimar las pretensiones de la demanda.

Arguyó, que de no prosperar los argumentos para que se revoque la sentencia recurrida, se modifique la misma en el sentido de que el reconocimiento y pago de la sustitución pensional no sea en un 100%, pues si bien es aceptada por el *a quo* la dependencia económica de la demandante con la causante, pasó por alto que ella no era la única hermana y por tanto, no era la única responsable de la manutención de la señora María Olga, lo cual genera que la prestación reconocida sea en el porcentaje que le correspondería contribuir a la causante con el sostenimiento de la hermana en relación con la existencia de los demás hermanos y no, en un 100% como se ordenó en primera instancia.

Por otro lado, pidió que se adicione la sentencia y se explique desde qué momento debe asumir el pago del retroactivo pensional reconocido, el cual debe ser desde que asumió las funciones pensionales de CAPRECOM. De igual forma, pidió que los descuentos por aportes de salud del 12% que se ordenaron, se realice conforme al cálculo actuarial que para el efecto realice la UGPP. Finalmente, solicitó se abstenga de condenar en costas y agencias en derecho en esta instancia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante⁸: Señaló que los testimonios traídos al plenario, son prueba suficiente que determina la dependencia económica de la demandante respecto de la causante, aunado a ello, afirmó que en cuanto a la sustitución pensional de las personas en situación de invalidez, debe procurarse la protección de los derechos fundamentales de modo que se omita realizar una interpretación de la norma de forma restrictiva.

Parte demandada⁹: Señaló que los actos administrativos enjuiciados gozan de presunción de legalidad, en consecuencia, lo pedido por la parte demandante carece de fundamento legal.

El Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal¹⁰.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹¹, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

⁸ Folios 304 a 307 A.

⁹ Folios 315 a 317.

¹⁰ Ver constancia secretarial obrante a folio 318.

¹¹ El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

De igual forma, acorde con lo previsto por el artículo 328 del Código General del Proceso¹², el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Ahora bien, en razón a que la entidad recurrente en el escrito del recurso de alzada, manifestó que reiteraba los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, es procedente el estudio de los requisitos de la sustitución pensional y la prescripción, toda vez que sostuvo que la demandante no tenía derecho y que en caso de ser beneficiaria, se advertía el fenómeno de la prescripción.

Problemas jurídicos

En ese orden, el problema jurídico que se debe resolverse en esta instancia se circunscribe a los aspectos planteados en el recurso de apelación, los cuales se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿La señora María Olga Agudelo Bernate, cumple con los requisitos previstos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiaria de la sustitución de la pensión de jubilación que en vida ostentaba la señora María Dora Agudelo Bernate?
2. ¿En el presente caso, se debe declarar la prescripción de las mesadas pensionales en virtud de la sustitución reconocida a favor de la demandante?
3. ¿Qué entidad debe asumir el pago de la sustitución pensional a favor de la señora María Olga Agudelo Bernate?

Primer problema jurídico

¿La señora María Olga Agudelo Bernate, cumple con los requisitos previstos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiaria de la sustitución de la pensión de jubilación que en vida ostentaba la señora María Dora Agudelo Bernate?

Al respecto, la Subsección sostendrá la siguiente tesis: La demandante demostró el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley y, por tanto, tiene derecho a la sustitución de la pensión que devengaba la causante, con base en los argumentos que se esbozan a continuación.

Régimen legal de la sustitución pensional

Conforme al artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control

¹² «ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.»

del Estado, con observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

A través de la Ley 100 de 1993, el legislador organizó el sistema de seguridad social integral, en lo que tiene que ver con el régimen de pensiones, su objetivo fue 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.

Así pues, con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, el legislador previó la denominada pensión de sobrevivientes y sustitución pensional, como una prestación dirigida a suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el afiliado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación. Es decir, que su 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 este punto es relevante aclarar que, si bien ambas figuras tienen la misma finalidad, la sustitución pensional es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar de un pensionado que fallece o del afiliado que cumple con los requisitos legalmente exigibles para pensionarse y fallece; en cambio la pensión de sobreviviente es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar del afiliado no pensionado, que muere sin cumplir con los requisitos mínimos para obtener la pensión¹³.

De acuerdo a lo anterior, lo aquí debatido es el derecho a la sustitución pensional, debido a que la señora María Dora Agudelo Bernate al momento de su fallecimiento, ya percibía una pensión de jubilación¹⁴.

Beneficiarios de la sustitución pensional

En cuanto a la normativa que prevé la sustitución pensional, esta Subsección en

¹³ Sentencia T-564 de 2015. Sentencia del 3 de septiembre de 2015. Referencia expediente T-4.919.041. Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos.

¹⁴ Folios 28 a 30.

diferentes oportunidades¹⁵ ha considerado que las disposiciones aplicables son aquellas vigentes al momento del fallecimiento del causante.

En este sentido, el deceso de la señora María Dora Agudelo Bernate (causante de la pensión) se produjo el 2 de octubre de 2010¹⁶, por lo que frente a la sustitución pensional, estaba vigente la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, que para tal efecto preceptúan:

«[...] 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 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.

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) 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, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

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; **Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-111 de 2006**

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

¹⁵ Ver, entre otras, sentencias del 10 de noviembre de 2005. Exp. No.3496-04. Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero y del 2 de octubre de 2008. Exp. No. 2638-2014. Consejero ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁶ Conforme al registro civil de defunción obrante a folio 33.

económicamente de éste.

NOTA: La expresión en negrilla "Compañero o compañera permanente", fue declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-336 de 2008, en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobreviviente, las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la Sentencia C-521 de 2007, para las parejas heterosexuales.

NOTA: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-066 de 2016.

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.

NOTA: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-458 de 2015. [...]» (Negrillas y subrayas del texto).

Conforme a la normativa en cita, se observa que para que un hermano sea beneficiario de la sustitución pensional, se requiere que éste se encuentre en situación de invalidez y que dependa económicamente del causante.

Ahora, a la luz del artículo 38 de la Ley 100 de 1993, se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

Personas en situación de discapacidad:

El artículo 13 de la Constitución Política consagra:

«[...] Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. [...]»

De acuerdo con esta norma, el Estado se encuentra en la obligación de establecer las condiciones necesarias para que la igualdad sea real y efectiva y de adoptar las medidas necesarias que favorezcan a los grupos discriminados o marginados.

En otros términos, en el artículo 13 de la Constitución Política se originan unos compromisos para todas las autoridades públicas, los cuales están relacionados con el deber de propender por adoptar las acciones afirmativas y las medidas que se requieran, para lograr que la igualdad sea real y efectiva, y no quede simplemente en términos formales o jurídicos. Así mismo, en el artículo 47, prevé que el Estado debe adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.

Sobre el particular, la Corte Constitucional se ha referido así:

«[...] De conformidad con la Constitución el compromiso que tiene el Estado para con las personas discapacitadas es doble: por una parte, debe abstenerse de adoptar o ejecutar cualquier medida administrativa o legislativa que lesione el

principio de igualdad de trato; por otra, con el fin de garantizar la igualdad de oportunidades, debe remover todos los obstáculos que en los ámbitos normativo, económico y social configuren efectivas desigualdades de hecho que se opongan al pleno disfrute de los derechos de estas personas, y en tal sentido, impulsar acciones positivas.

En cuanto a las acciones afirmativas, esta Corporación ha sostenido que son aquellas cuyo propósito es proteger a ciertas personas o grupos, ya sea para eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, o bien para conseguir que los miembros de un grupo discriminado tenga una mayor representación, en el escenario político o social. [...]»¹⁷

En desarrollo de este precepto fundamental, el Congreso expidió la Ley 1306 de 2009¹⁸, la cual en su artículo 6º, es enfática en afirmar que «la protección del sujeto con discapacidad mental corresponde y grava a toda la sociedad, pero se ejercerá de manera preferencial por el Estado por intermedio de los funcionarios e instituciones legítimamente habilitadas.»

Ahora bien, en tratándose de la prueba de la pérdida de capacidad laboral ha señalado la Corte Constitucional¹⁹ que las normas del régimen general deben ser analizadas en concordancia con el principio de libertad probatoria, que deriva del debido proceso. En efecto, aunque los artículos que regulan el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de un hijo o familiar en situación de discapacidad, señalan que es «inválido» quien presenta una pérdida de capacidad laboral superior al 50% y tal circunstancia se prueba mediante un dictamen expedido por las autoridades ya mencionadas, esto no obsta para que se admita la presentación de otros medios que sean igualmente conducentes que sea útil para la formación del convencimiento del juez, para demostrar la pérdida de capacidad laboral del beneficiario.

Bajo las anteriores precisiones normativas, procede la Subsección a verificar si en efecto, la demandante demostró los requisitos señalados en la norma para ser acreedora de la sustitución de la pensión de jubilación que en vida disfrutara su hermana, la señora María Dora Agudelo Bernate.

En este orden de ideas, en el expediente se tiene probado lo siguiente:

i) A folios 28 a 30 reposa la Resolución 03876 del 16 de septiembre de 1980, mediante la cual CAPRECOM reconoció pensión mensual vitalicia de jubilación a la señora María Dora Agudelo Bernate, a partir de la fecha en que demuestre su retiro definitivo del servicio oficial.

ii) De igual forma, a folio 33 obra registro civil de defunción, el cual da cuenta de que la señora María Dora Agudelo Bernate falleció el 22 de octubre de 2010.

iii) A folios 22 a 26 obra la Resolución 002481 del 26 de diciembre de 2013, a través de la cual el subdirector de Prestaciones Económicas de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones-CAPRECOM, negó a la señora María Olga Agudelo Bernate la sustitución pensional por el fallecimiento de la señora María Dora Agudelo Bernate, conforme a las siguientes consideraciones:

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-1031 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁸ «Por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados.»

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-373 de 2015. Sentencia del 23 de junio de 2015. Magistrada ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO. Referencia: Expediente T-4.786.938

«[...] En este orden de ideas y dado que las declaraciones aportadas por la solicitante se consideran y valoran como indicios, es necesario realizar el estudio de las pruebas aportadas de forma integral y a la luz de la sana crítica (sic) ejercicio que arroja inconsistencia e inexactitudes, situación que no permite la aplicación de (sic) denominado silogismo a partir de los indicios aportados.

Las pruebas aportadas por la peticionaria frente a la dependencia económica de la causante no son concluyentes y no ofrecen certeza frente a la existencia de la misma, por el contrario sí, de la no dependencia económica **efectiva al momento de la muerte como elemento central para determinar quien (sic) es beneficiario de la sustitución pensional**, razón por la cual se procederá a negar la prestación solicitada.

Esta Administradora considera que la interesada no demostró la dependencia económica para con el causante, como lo exige el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, razón por la cual es procedente negar la prestación solicitada. [...]» (Negrillas del texto).

iv) Asimismo, se aportaron registros civiles de nacimiento de las señoras María Olga y María Dora Agudelo Bernate, en los cuales se observa que son hermanas, al ser hijas de Ana Rosa Bernate Martínez y del señor José Joaquín Agudelo Benítez, visibles a folios 32 y 34.

v) De folio 38, se encuentra declaración extrajuicio presentada el 26 de agosto de 2013, por María Rosalba Briñez y Oscar Gerardo Montenegro Muñoz ante la Notaría Tercera del Círculo de Armenia, quienes manifestaron que conocen de toda la vida a la señora María Olga Agudelo Bernate de estado civil soltera y quien convivió bajo el mismo techo con su hermana, además que dependía económicamente de la señora María Dora Agudelo Bernate.

vi) Asimismo, a folio 39 obra declaración extrajuicio del señor Martín Andrés Agudelo Lotero, el cual indicó que «es curador de la sustitución pensional de la señora María Olga Agudelo Bernate», quien se encuentra en situación de discapacidad, por lo que se compromete a manejar los ingresos provenientes de la pensión tales como: recreación, salud, medicina y todo lo que la pensionada requiera para obtener una vida digna.

vii) De folios 42 a 46, se encuentra copia de la historia clínica de la señora María Olga en la cual se advierte que padece retardo mental severo congénito asociado a enfermedad cerebro-vascular, por lo que depende para su cuidado y bienestar de su familia, pues es incapaz de asumir responsabilidades personales requeridas para su supervivencia y de administrar sus bienes, además ni puede llevar una vida independiente.

viii) Igualmente, se aportó de folios 49 a 57, dictamen para calificación de pérdida de capacidad laboral de la señora María Olga Agudelo Bernate, realizado el 20 de febrero de 2013, en el cual se indicó que tiene pérdida de la capacidad laboral del 53,10% de forma permanente parcial y que la fecha de estructuración fue el 19 de mayo de 2004, además, en el citado documento se señaló:

«[...] **ANAMNESIS:** Sustitución pensional de una hermana que murió hace 4 años. Refiere la hermana acompañante que desde que nació (sic) está mal, el embarazo duro (sic) menos de 7 meses. No asistió (sic) a la escuela, no puede salir sola, hay que hacerle todo, ayudarla a vestir, organizar, no sabe leer ni escribir. Sufre de los oídos (sic) desde pequeña no oye bien. Sufre de hipertensión desde hace unos 20 años. Parece afectada de la columna. Ha tenido problemas de glicemias pero se ha controlado con dieta y tratamiento naturista.

CONSIDERACIONES: Mujer de 69 años con retardo mental moderado a severo desde su nacimiento sin capacidad para el autocontrol y desarrollo de actividad para su propia manutención, dependiente, tiene dislalia que dificulta su comunicación además de tener limitación en verbalización. Se diagnostica hipertensión arterial referida hace 20 años pero se encuentra registro en la historia clínica desde mayo de 2004. Se han diagnosticado hiperglicemias sin diagnóstico (sic) de diabetes mellitus que ha sido controlada con dieta y medicamento naturista con buena respuesta. Se califican las patologías. [...]» (Negrillas y mayúsculas del texto, subrayas de la Sala).

ix) A folios 61 a 67 vuelto, reposa sentencia del 7 de abril de 2013 proferida por el Juzgado Primero de Familia de Armenia, Quindío, mediante la cual se declaró la interdicción judicial por discapacidad mental absoluta (retardo mental severo) de la señora María Olga Agudelo Bernate y designó al señor Martín Andrés Agudelo Lotero, sobrino de la interdicta, como su curador general.

x) Así mismo, se practicaron en primera instancia, los siguientes testimonios y ratificaciones de declaraciones extrajuicio, de los cuales, procede la Subsección a efectuar un resumen:

Ratificaciones:

- **María Rosalba Briñez** quien indicó que hace muchos años conoce a la demandante y que está incapacitada para trabajar, aunado a ello, señaló que le consta que la señora María Dora laboraba en Telecom y era quien daba el sustento en el hogar. Se le puso de presente la declaración extrajuicio presentada por ella y aportada al expediente, ante lo cual sostuvo que se ratificaba en todo su dicho (minuto 5:04 a 18:30 del cd obrante a folio 198).
- **Oscar Gerardo Montenegro Muñoz** el cual manifestó que conoce a la demandante y a su familia dado que han sido vecinos toda la vida, que le consta que la señora María Olga es interdicta en razón a que tiene un retardo desde su nacimiento y no puede laborar. Se le puso de presente su declaración y se ratificó en ella. Agregó que la demandante vive con su hermana Fabiola quien es mayor que ella y se sobreviven económicamente con la venta de buñuelos, dinero que no les alcanza y por tal motivo, los vecinos deben colaborarles para su subsistencia (minuto 19:06 a 25: 08 del cd obrante a folio 198).

Testimonios:

- **Olga María Aguilar Acuña** quien arguyó que conoce a la demandante y a su entorno familiar desde aproximadamente 45 años, que le consta que la señora Dora era quien proveía el sustento a la demandante y a la otra hermana Fabiola, además, que María Olga no labora porque su enfermedad no se lo permite, agregó que después del fallecimiento de la señora Dora, las dos hermanas viven de la venta de buñuelos, mandados por el barrio que efectúa la señora Fabiola y lo que los vecinos les colaboran (minuto 25:57 a 31:53 del cd obrante a folio 198).
- **Lucía Vallejo Londoño**, quien afirmó que conoció a la señora Dora Agudelo Bernate desde que eran compañeras en Telecom, que le consta que ella sostenía a su hermana y que María Olga se encuentra en estado de discapacidad y no puede trabajar, que actualmente se sostienen de lo

que vende la hermana Fabiola (minuto 33:00 a 39:20 del cd obrante a folio 198).

- **María López Ospina**, la cual sostuvo que conoce a la demandante y a su familia hace más de 30 años aproximadamente, que puede asegurar que la señora Fabiola daba el sustento a sus dos hermanas y desde que aquella falleció, obtienen el soporte económico de la venta de buñuelos que la señora Fabiola vende, además que le consta que deben mucho dinero por concepto de impuestos. También, señaló que la demandante se encuentra en estado de discapacidad y no puede defenderse por sí misma (minuto 40:05 a 46:00 del cd obrante a folio 198).

Ahora bien, en virtud de la relación probatoria que antecede, se realizan las siguientes elucubraciones:

- En el caso *sub examine* es necesario resaltar que la demandante cuenta con 74 años de edad²⁰, por lo que es evidente que se trata de una persona que se encuentra en estado de debilidad manifiesta, es decir, un sujeto de especial protección previsto en la Constitución Política, entre los cuales, por mandato de artículo 46, se hallan las personas de la tercera edad, para cuya protección y asistencia se alude a la concurrencia del Estado, la sociedad y la familia.
- Aunado a lo anterior, es claro que la señora María Olga Agudelo Bernate sufre de una condición de salud descrita precedentemente que la sitúan en estado de incapacidad y le impiden *per se* obtener por sus propios medios, los recursos necesarios para su sustento, máxime si se tiene en cuenta que dado su padecimiento depende de otras personas para su subsistencia y no es autosuficiente, por lo que nunca ha podido laborar.
- En efecto, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda determinó que la demandante tiene pérdida de la capacidad laboral del 53,10% de forma permanente parcial, la cual supera el 50% previsto en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, toda vez que padece un retardo moderado a severo desde su nacimiento, sin tener la capacidad para el autocontrol y desarrollo de actividad para su propia manutención, que depende totalmente de otras personas y que tiene dislalia que dificulta su comunicación con limitación en verbalización.
- Además de lo anterior, como consecuencia de su padecimiento, mediante providencia judicial, fue declarada interdicta por discapacidad mental absoluta (retardo mental severo) y por tanto, se le designó como curador general, a su sobrino.

Conforme a lo expuesto en precedencia, se advierte que la demandante cumple con el primer requisito exigido por la ley, es decir, en su calidad de hermana de la causante es inválida como lo denomina ley, encontrándose en una situación de discapacidad.

Ahora bien, en lo atinente a la dependencia económica, como segundo requisito normativo, se allegaron al plenario testimonios y ratificaciones de las declaraciones extrajudicio, la cuales son coincidentes y coherentes en su dicho, al señalar que la

²⁰ Conforme a registro civil de nacimiento obrante a folio 34.

demandante siempre tuvo dependencia económica de la causante, además, se reitera, desde su nacimiento padece retardo mental, por lo que es incapaz de asumir responsabilidades personales requeridas para su supervivencia y no puede llevar una vida de forma independiente.

Respecto de la dependencia económica esta Corporación en sentencia de 27 de julio de 2006²¹, con ponencia del consejero Jaime Moreno García, señaló:

«[...] Ha dicho esta Sala que la dependencia económica, en el caso de la sustitución pensional, significa haber necesitado de la protección del causante de la pensión o asignación de retiro para la congrua subsistencia y que tal condicionamiento debe estar presente al momento del fallecimiento del pensionado; no obstante, puede desvirtuarse si se demuestra que el beneficiario cuando menos se encuentra en situación tal que lo capacite para ser laboralmente activo.

Por tal virtud, en cada caso, deben analizarse mediante principios razonados los supuestos de hecho en los que se sitúa el interesado y las pruebas allegadas, con el fin de dilucidar dentro de la particular situación si el peticionario tiene o no derecho a este beneficio especial consagrado por el legislador. [...]»

Corolario, los medios de prueba referenciados dan certeza suficiente a esta Subsección para concluir que: i) la señora María Olga Agudelo Bernate es hermana de la señora María Dora Agudelo Bernate; ii) que la demandante padece de un retardo mental desde su nacimiento que le impide desarrollar una actividad productiva para proveerse los medios necesarios para su congrua subsistencia, requiriendo por lo tanto, de asistencia para poder atender sus necesidades, y que (iii) dependía económicamente de la causante hasta la fecha de fallecimiento. Por tanto, la nulidisciente cumple con los requisitos para ser beneficiaria de la sustitución pensional.

En este orden de ideas, el análisis probatorio aplicado a las normas que rigen el caso, permiten llevar al convencimiento a esta instancia, de la total dependencia económica de la demandante para con su hermana, aunado a lo advertido en precedencia de que se trata de una persona en estado de debilidad manifiesta y con protección constitucional reforzada, dado su situación de discapacidad y su edad.

Ahora, respecto de la cuantía de la pensión que es objeto del recurso de alzada, se encuentra que acorde con lo previsto por el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, reglamentado parcialmente por el Decreto 832 de 1996²², el monto de la pensión de sobrevivientes por fallecimiento del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquél disfrutaba.

Bajo el anterior presupuesto normativo, considera la Subsección que el monto de

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 27 de julio de 2006, Demandante: Elvira Elizabeth Cantillo Prado. Radicación 47001-23-31-000-2002-00089-01.

²² «**ARTICULO. 48.-Monto de la pensión de sobrevivientes.** Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 832 de 1996. El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquél disfrutaba.

El monto mensual de la pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente ley.

No obstante lo previsto en este artículo, los afiliados podrán optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente ley equivalente al 65% del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto.» (Negrillas y subrayas del texto):

la sustitución pensional reconocida a favor de la señora María Olga, debe ser el 100% de la pensión que en vida disfrutaba su hermana María Dora, y no, en un porcentaje de acuerdo al número de hermanos que tiene la demandante, como lo pretende la entidad demandada, además de lo anterior, como quedó probado en el plenario, la demandante siempre dependió económicamente de la causante.

En conclusión: Se acreditaron los requisitos previstos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, para reconocer a la señora María Olga Agudelo Bernate en su calidad de hermana, la sustitución de la pensión de la causante María Dora Agudelo Bernate, en la medida en que demostró que se encuentra en situación de discapacidad y que dependió económicamente de su hermana durante toda su vida, toda vez que no puede laborar ni mucho menos valerse por sí misma.

Segundo problema jurídico

¿En el presente caso, se debe declarar la prescripción de las mesadas pensionales en virtud de la sustitución reconocida a favor de la demandante?

Al respecto, la Subsección sostendrá la siguiente tesis: En el presente caso no se presenta la prescripción de mesadas pensionales reconocidas a la señora María Olga, tal y como pasa a explicarse.

Teniendo en cuenta que la Ley 100 de 1993 no regula en forma expresa el término de prescripción de las mesadas pensionales, esta materia se rige por lo regulado en los artículos 41²³ del Decreto 3135 de 1968 y 102²⁴ del Decreto 1848 de 1969, que prevén un término trienal a partir de la fecha de exigibilidad del derecho, salvo la posibilidad de su interrupción por igual periodo a través del simple reclamo del derecho por medio escrito ante la entidad obligada.

En este sentido, se colige que una vez causado un derecho, se cuenta con un lapso de tres años para reclamarlo inicialmente ante la administración y posteriormente en sede judicial; el solo hecho de reclamar ante la entidad, interrumpe el lapso de tiempo por otro periodo igual, lo que significa que inicia nuevamente a contarse los tres años.

A fin de determinar la configuración o no, del fenómeno de la prescripción, en el presente caso, se encuentra probado lo siguiente:

- La señora María Dora Agudelo Bernate falleció el día 22 de octubre de 2010²⁵.
- El 05 de septiembre de 2013 la señora María Olga Agudelo Bernate solicitó ante CAPRECOM, la sustitución pensional con ocasión del deceso de su hermana²⁶.

²³ «Artículo 41º.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. »

²⁴ « Artículo 102º.- Prescripción de acciones. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual. »

²⁵ Conforme se observa en el Registro Civil de Defunción que obra a folio 33.

²⁶ Acorde con lo indicado en el acto administrativo demandado, ver folio 22.

- Mediante Resolución 002481 del 26 de diciembre de 2013²⁷, la entidad demandada negó la petición elevada, al considerar que no se había demostrado la dependencia económica.
- Finalmente, se presentó la demanda el 6 de noviembre de 2014²⁸.

De conformidad con lo previsto, la Subsección considera que en este caso no procede la declaratoria de prescripción porque la causante falleció el 22 de octubre de 2010, posteriormente, el día 05 de septiembre de 2013 la señora María Olga a través de su curador, solicitó el reconocimiento y pago de la sustitución, no operó entonces la prescripción respecto de las mesadas pensionales aquí reconocidas, tal y como lo definió el *a quo*.

En conclusión: No operó el fenómeno de prescripción de mesadas pensionales, toda vez que la petición de sustitución pensional, se presentó dentro de los 3 años siguientes al fallecimiento de la causante.

Tercer problema jurídico

Antes de abordar el estudio de este problema jurídico, la Subsección observa que la entidad demandada petitionó la adición de la sentencia, solicitud que conforme a lo regulado por el artículo 278 del Código General del Proceso²⁹ era procedente ante el tribunal de primera instancia, lo cual no ocurrió, empero, en aras del derecho de acceso a la administración de justicia se resolverá. Aunado a ello, y dado que el *a quo* resolvió qué entidad debería asumir la sustitución pensional, lo que procedía era la modificación.

¿Qué entidad debe asumir el pago de la sustitución pensional reconocida a favor de la señora María Olga Agudelo Bernate?

Al respecto, la Subsección sostendrá la siguiente tesis: La entidad competente para reconocer la sustitución pensional es la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales-UGPP, conforme pasa a explicarse.

La liquidación de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones-Caprecom EICE.

La Caja de Previsión Social de Comunicaciones - CAPRECOM fue creada mediante la Ley 82 de 1912 como establecimiento público con el nombre de «Caja de Auxilios en los Ramos Postal y Telegráfico», con el objeto de reconocer a los empleados de los ramos mencionados en su denominación, la pensión de jubilación y los auxilios por muerte, invalidez, enfermedad, marcha y cesantía.

²⁷ Folios 21 a 26

²⁸ Conforme a Acta Individual de Reparto vista a folio 72.

²⁹ «Artículo 287. Adición. Cuando la sentencia omite resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad.

El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria. Los autos solo podrán adicionarse de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término. Dentro del término de ejecutoria de la providencia que resuelva sobre la complementación podrá recurrirse también la providencia principal.»

Posteriormente, dicha entidad fue transformada en empresa industrial y comercial del Estado a través de la Ley 314 de 1996, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada por esta norma al Ministerio de Comunicaciones y después al Ministerio de Protección Social por disposición del Decreto 205 de 2003, hoy Ministerio de Salud y de la Protección Social, mediante el Decreto 4107 de 2011.

La Ley 314 de 1996 preceptuó que CAPRECOM operaría como una entidad administradora del régimen solidario de prima media con prestación definida para aquellas personas que estuviesen afiliadas a 31 de marzo de 1994, sin perjuicio de la libre elección que consagra la Ley 100 de 1993.

El artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 creó Colpensiones y ordenó la liquidación de Cajanal EICE, Caprecom y el Instituto de Seguros Sociales, con el fin de garantizar la actividad de aseguramiento en pensiones en condiciones de sostenibilidad, eficiencia y economía³⁰.

La Caja de Previsión Social de Comunicaciones-CAPRECOM EICE actualmente no ejerce funciones de administradora del régimen de prima media con prestación definida, puesto que no tiene afiliados activos, ni desarrolla labores de reconocimiento, administración ni pago de nóminas de pensionados. Todo lo anterior, por encontrarse incurso en una de las causales del artículo 52 de la Ley 489 de 1998. Mediante el Decreto 2519 de 2015³¹ se ordenó su liquidación y actualmente se encuentra en curso.

Para tal efecto, se profirió el Decreto 2011 del 28 de septiembre de 2012³² el cual entre otras disposiciones, definió en su artículo 4 que los pensionados del régimen de prima media con prestación definida, los demás pensionados y jubilados cuya nómina era cancelada por la Caja de Previsión Social de Comunicaciones - CAPRECOM, continuarían siendo administrados y cancelada su nómina por dicha entidad, hasta tanto la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social-UGPP, y Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional-FOPEP, asumieran tales competencias.

A su turno, el Decreto 1389 del 28 de junio de 2013³³ fijó un cronograma de

³⁰ «[...] Ley 1151 de 2007. Artículo 155. De la Institucionalidad de la Seguridad Social y la Administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 600 de 2008. Con el fin de garantizar la actividad de aseguramiento en pensiones, salud y riesgos profesionales en condiciones de sostenibilidad, eficiencia y economía, se mantendrá una participación pública en su prestación. Para el efecto, se autoriza a las entidades públicas para que se asocien entre sí o con particulares para la constitución de sociedades que administran estos riesgos o participen en el capital de las existentes o para que las entidades públicas enajenen alguno o algunos de los negocios a otras entidades públicas o que los particulares inviertan o participen en el capital de las entidades públicas.

Adicionalmente créase una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de la Protección Social, denominada Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida incluyendo la administración de los beneficios económicos periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005, de acuerdo con lo que establezca la ley que los desarrolle.

Colpensiones será una Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de carácter público del orden nacional, para lo cual el Gobierno, en ejercicio de sus facultades constitucionales, deberá realizar todas las acciones tendientes al cumplimiento de dicho propósito, y procederá a la liquidación de Cajanal EICE, Caprecom y del Instituto de Seguros Sociales, en lo que a la administración de pensiones se refiere. En ningún caso se podrá delegar el reconocimiento de las pensiones. [...]

³¹ «Por el cual se suprime la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES "CAPRECOM", EICE, se ordena su liquidación y se dictan otras disposiciones.»

³² «Por el cual se determina y reglamenta la entrada en operación de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, y se dictan otras disposiciones.»

³³ «Por medio del cual se modifica el artículo 4 del Decreto número 2011 de 2012 y se dictan otras

información, con el fin de que la UGPP y el FOPEP asumieran las respectivas competencias. A su vez, el Decreto 653 del 28 de marzo de 2014, prorrogó los plazos previstos para el traslado de la función pensional hasta el 31 de julio de 2014.

Posteriormente, el Decreto 1440 del 31 de julio de 2014³⁴ prorrogó dichos plazos hasta el 30 de noviembre de 2014, y, finalmente, el Decreto 2408 del 28 de noviembre de 2014³⁵ fijó como término final para la entrega de la función pensional de la Empresa Nacional de Comunicaciones-TELECOM³⁶ que era asumida por CAPRECOM, hasta el 31 de diciembre de 2015.

De esta forma, es claro que al asumir la UGPP la administración y pago de las nóminas de los pensionados de CAPRECOM, es la entidad que debe acudir al llamado a cubrir las mesadas de la sustitución pensional reconocida a la aquí demandante.

De otro lado, se observa que a través de auto del 22 de septiembre de 2015³⁷, el *a quo* vinculó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales-UGPP, conforme las competencias asumidas al administrar el pasivo pensional de TELECOM de conformidad con lo previsto en el Decreto 2408 de 2014 y se entendió notificada por conducta concluyente, en razón a que había contestado la demanda antes de la vinculación y posterior a la notificación. Dicha providencia fue notificada por estado el 23 de septiembre de 2015, sin que se ejerciera recurso alguno por parte de la UGPP.

De igual forma, se observa que en el transcurso de la audiencia inicial llevada a cabo el 19 de mayo de 2016³⁸, el tribunal de primera instancia al resolver las excepciones previas propuestas, declaró probado el medio exceptivo de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto a CAPRECOM y en consecuencia, el proceso se surtiría únicamente en contra de la UGPP, decisión que quedó notificada en estrados, sin pronunciamiento ni recurso alguno de las partes.

Bajo las anteriores premisas, considera la Subsección que no es de recibo el argumento expuesto por la entidad recurrente, en el sentido de que en esta instancia se ordene que el pago de la prestación reconocida debe ser desde el momento en que asumió las funciones de CAPRECOM y por tanto, el retroactivo pensional desde el 22 de octubre de 2010 –fecha de reconocimiento de la sustitución- sea asumido por el patrimonio autónomo constituido para el efecto, ello en atención a que no es viable el estudio de cuestionamientos respecto de decisiones ejecutoriadas y en firme en etapas procesales anteriores.

En este sentido, se observa que la UGPP asumió las funciones que antes desempeñaba CAPRECOM respecto de los pensionados de TELECOM, y, durante el trámite del presente proceso, contestó la demanda antes de ser

disposiciones.»

³⁴ «Por medio del cual se prorrogan los plazos establecidos en el artículo 1 del Decreto número 1389 de 2013, modificado por el artículo 1 del Decreto número 653 de 2014.»

³⁵ «Por medio del cual se prorrogan los plazos establecidos en el artículo 1 del Decreto número 1389 de 2013, modificado por el artículo 1 del Decreto número 653 de 2014 y el artículo 1 del Decreto número 1440 de 2014 y se dictan otras disposiciones.»

³⁶ Empresa para la cual laboró la demandante y por cuyo tiempo de servicio le fue reconocida pensión de jubilación por parte de Caprecom.

³⁷ Folios 147 y 148.

³⁸ Folios 191 y 192 vuelto.

vinculado, no interpuso los recursos contra las providencias que la vincularon y que declararon la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de CAPRECOM, por tanto, no puede en esta instancia, traer como uno de los argumentos de la alzada que dicha entidad no es la encargada del pago de la sustitución pensional porque desde el escrito del libelo introductor tenía conocimiento que la pretensión era desde el año 2010.

Por otro lado, respecto a la petición del recurso de apelación consistente en que los descuentos por aportes a salud del 12% ordenados en la providencia de primera instancia, es procedente que se realicen conforme al cálculo actuarial que para tal efecto efectúe la entidad demandada, tal y como lo ordenó el tribunal *a quo*.

Decisión de segunda instancia

Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia, toda vez que la demandante tiene derecho a la sustitución pensional tal y como lo consideró el *a quo*.

De la condena en costas

En lo atinente a lo expuesto por la UGPP de que se abstenga de condenarla en costas, encuentra la Sala que el *a quo* no condenó a la entidad, dado que dio aplicación a lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, por lo que no hay lugar a pronunciamiento alguno.

Ahora, respecto de la citada condena en esta instancia, se tiene que esta Subsección en providencia con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez³⁹ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de condena en costas por lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no

³⁹ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP⁴⁰, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso se condenará en costas a la UGPP en segunda instancia y a favor de la parte demandante, toda vez que resulta vencida en el proceso de la referencia y la parte demandante intervino en el trámite de la segunda instancia tal como lo señala el ordinal 1.º artículo 365 del Código General del Proceso. Las costas serán liquidadas por el *a quo* en atención a lo preceptuado en el citado código.

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: Confirmar la sentencia del 16 de septiembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda incoada por la señora María Olga Agudelo Bernate a través del curador general contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales-UGPP y la extinta Caja de Previsión Social de Comunicaciones–CAPRECOM.

Segundo: Condenar en costas de la segunda instancia a la UGPP y favor de la parte demandante. Las costas serán liquidadas por el *a quo*.

Tercero: Reconocer personería jurídica al abogado José Alexander López Meza identificado con cédula de ciudadanía 1.020.736.414 y portador de la tarjeta profesional 259.510 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado sustituto de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales-UGPP, acorde al poder a él sustituido obrante a folio 314.

Cuarto: Reconocer personería al abogado Julián Mauricio Jara Morales identificado con cédula de ciudadanía 89.006.761 y portador de la tarjeta profesional 115492 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones-Caprecom EICE en Liquidación, en los términos y para los efectos del poder a él conferido, visible a folio 308. Así mismo, aceptar la renuncia presentada por el abogado Julián Mauricio Jara Morales, acorde con el escrito obrante a folio 321.

Quinto: Ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al tribunal de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase.

⁴⁰ «ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Relatoria JORM