

240

Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No. 3
Magistrada Ponente: Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, enero treinta (30) de dos mil veinte (2020)

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: **Luis Alfredo Roa y otra**
Demandado: Municipio de La Capilla
Expediente: 15001 3333 013 **2017 00048 01**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia proferida el 12 de diciembre de 2018 por el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que negó las pretensiones de la demanda incoada por Luis Alfredo Roa y María Resurrección Villamil de Roa contra el Municipio de La Capilla.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda (f. 3 - 7):

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, Luis Alfredo Roa y María Resurrección Villamil de Roa, a través de apoderado judicial, pidieron que se declare la nulidad del **Oficio ALCB-416 de 9 de noviembre de 2016**, mediante el cual el Alcalde del Municipio de La Capilla, negó el reconocimiento de la pensión familiar de vejez a su favor.

A título de restablecimiento del derecho, los accionantes solicitaron que se ordene a la entidad accionada el reconocimiento y pago de una pensión familiar de vejez, a partir de la fecha en que se radicó la petición y se disponga la inclusión en nómina para el correspondiente pago mensual. Así mismo, que se ordene el pago de los intereses moratorios, desde la fecha de la solicitud inicial y hasta que se satisfaga la obligación pensional.

Los supuestos fácticos que respaldan el petitum, son los siguientes:

- ❖ El señor Luis Alfredo Roa nació el 30 de abril de 1938 en el Municipio de La Capilla, cuenta actualmente con 79 años de edad y María Resurrección Villamil Roa nació en el municipio de la capilla el día 15 de febrero de 1936; a la fecha de la presentación de la demanda contaba con 81 años de edad.
- ❖ Los demandantes contrajeron matrimonio el 8 de abril de 1961 y desde entonces han convivido como pareja bajo el mismo techo.
- ❖ Luis Alfredo Roa sirvió en el Ejército Nacional de Colombia como Cabo Segundo, empleado público del Ministerio de Defensa Nacional, desde el día 12 de mayo de 1954 hasta el 1 de marzo de 1958, en total 3 años 9 meses y 25 días.
- ❖ Afirmó haber laborado como administrador fontanero en el Acueducto y Alcantarillado de Boyacá desde el día 26 de abril de 1964 hasta el día 15 de junio de 1969, esto es, durante 5 años 1 mes y 10 días, en total.
- ❖ Luis Alfredo Roa laboró un total de **ocho (8) años, once (11) meses y ocho (8) días** de servicio.
- ❖ María Resurrección Villamil laboró al servicio del Municipio de La Capilla como Tesorera Recaudadora desde el 5 de diciembre de 1967 hasta el día 26 de mayo de 1985, esto es, **17 años, 1 mes y 21 días**; y en el Departamento de Boyacá desde el 11 de diciembre de 1985 hasta el 9 de abril de 1987, es decir, **1 año, 10 meses y 3 días**.
- ❖ María Resurrección Villamil trabajó **dieciocho (18) años, once (11) meses y veinticuatro (24) días**.
- ❖ Sumados los tiempos trabajado por los demandantes se obtiene un total de “26 años, 22 meses y 29 días” (f. 4).
- ❖ Los demandantes se encuentran inscritos en el SISBEN del Municipio La Capilla en estrato 2.
- ❖ Los dos accionantes cumplieron 45 años de edad el 30 de abril de 1983 y 15 de febrero de 1981 y contaban con más del 25% del tiempo de servicios necesario para obtener cada uno la pensión de vejez.

241

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Luis Alfredo Roa y otra
Demandado: Municipio de La Capilla
Expediente: 15001 3333 011 2017 00048 01

- ❖ Son personas sin ingresos económicos que les permitan la congrua subsistencia y carecen de bienes de fortuna.

- ❖ El día 20 de octubre de 2016 presentaron la solicitud de reconocimiento de “Pensión Familiar” ante el alcalde del Municipio de La Capilla, la cual fue negada mediante escrito del 9 de noviembre del mismo año, decisión que se encuentra ejecutoriada.

Indicó como **normas violadas** la Ley 1580 de 2012 y los artículos 151 A y 151 C de Ley 100 de 1993, que consagraron la “*pensión familiar de vejez*”, para aquellas parejas que, al haber cumplido la edad necesaria para obtener la pensión de vejez, no hubiesen completado cada uno el tiempo de servicios y pudieran sumar los tiempos de servicio para la obtención de la pensión.

Precisó que la Ley 1580 de 2012, para acceder a la pensión familiar, exigió que i) los beneficiarios aparezcan afiliados al SISBEN en estratos 1 o 2; ii) que a los 45 años de edad hayan completado cada uno el 25% del tiempo requerido para lograr la pensión, requisitos que, a su juicio, se cumplen en este caso.

Advirtió que acudieron ante el Municipio de La Capilla a reclamar la pensión familiar como quiera que el Decreto 2700 de 1994 establece que la pensión deberá ser reconocida y pagada por la última entidad de afiliación, siempre que el tiempo de permanencia supere los seis años situación que, si bien, no ocurre, advirtió la norma, la obligada será la que hubiere recibido mayores aportes pensionales, en este caso, la entidad territorial demandada, donde la señora María Resurrección Villamil laboró por más de 17 años.

Que el representante legal la entidad territorial accionada, sin dar mayores explicaciones, concluyó que la pensión familiar es para cotizantes y los entonces peticionarios no cumplen tal condición, razón suficiente para no acceder a lo solicitado; argumento que, a su juicio, constituye falsa motivación.

1.2. Contestación de la demanda (f. 54-68):

El Municipio de La Capilla se opuso a todas las pretensiones de la demanda. Argumentó que no se configura la falsa motivación del acto administrativo acusado, toda vez que la norma y la jurisprudencia no contemplan que la pensión familiar deba ser reconocida o esté a cargo de un actor diferente a los responsables del Sistema

General de Pensiones, ya sea en prima media con prestación definida o, con ahorro individual con solidaridad.

Que el municipio no puede asumir el pago de la mentada prestación, en la medida que la ley es clara al establecer que es responsabilidad del sistema general de pensiones y beneficia a los actuales cotizantes, en consecuencia, deben acudir ante Colpensiones a través de un derecho de petición, máxime si asumió la responsabilidad que concernía al Instituto de Seguros Sociales.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 12 de diciembre de 2018, el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante con fundamento en los siguientes argumentos:

*Dijo que los demandantes no son beneficiarios de la Ley 1580 de 2012, **primero**, porque no cumplen con todos los requisitos contemplados para optar por la pensión familiar, entre ellos, el contenido en el literal c) del artículo 2º del Decreto 288 de 2014, conforme al cual entre los dos deben acumular, como mínimo, el número de semanas exigidas para el reconocimiento de la pensión de vejez conforme a lo establecido en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y **segundo**, porque para el año 2012, cuando entró en vigencia la ley que creó la prestación, el mínimo de semanas cotizadas correspondía a **1.225** semanas. Por las razones anteriores, concluyó que las semanas cotizadas eran de 466,28 y 686,3, para un total de **1.152,58**.*

*Agregó que tampoco probaron la situación prevista en el literal f) del artículo 2 del Decreto 288 de 2014, es decir, estar clasificados en los niveles 1 y 2 del SISBEN al momento del cumplimiento de la edad de pensión. Ello, a la luz de los parámetros definidos por el Ministerio del Trabajo en la Resolución No 01708 del 02 de mayo de 2014, por la cual se establecieron los cohortes del SISBEN Metodología III para la obtención de la pensión familiar en el régimen de Prima Media con Prestación Definida y que, para el Nivel II estableció un máximo de 43.63. Añadió que en el caso sub examine, los demandantes ostentan un puntaje **50.74**, como se observa a folios 31 a 32 y 92 a 93 del expediente.*

Por las razones reseñadas, consideró que era innecesario un pronunciamiento sobre los demás requisitos y procedió a negar las súplicas de la demanda.

242

*Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Luis Alfredo Roa y otra
Demandado: Municipio de La Capilla
Expediente: 15001 3333 011 2017 00048 01*

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante presentó recurso de apelación que sustentó en los siguientes términos:

Alegó que el único argumento de la sentencia se contrajo a que, para el año 2012, se exigía un mínimo de 1.225 semanas y, comoquiera que los demandantes únicamente habían cotizado 1.152, no podía reconocerse la pensión. A su juicio, tal aserto constituye una restricción al derecho asentada en "textos fríos de la ley", sin observar cuál fue el espíritu del legislador al haber creado el derecho pretendido por los accionantes.

Agregó que se aplicó el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, por el cual se aumentaron los tiempos de cotización exigidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, sin atender que el artículo 36 de esta norma estableció unos requisitos para ser beneficiarios del régimen de transición que, en efecto, fueron cumplidos por los demandantes; por tanto, en su sentir, se afianzó el derecho a la pensión familiar inclusive antes de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, sin que a la expedición esta y la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 de 2005, pudieran afectarse derechos adquiridos.

Finalmente, argumentó que el numeral 2º del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 dispuso que para la adquisición de la pensión de vejez se requería que el afiliado hubiera cotizado un mínimo de 1000 semanas en cualquier tiempo, circunstancia que, aduce el recurrente, debe aplicarse a los demandantes, pues trabajaron y cotizaron sobre más de ese número de semanas para la fecha en que entró en vigencia la pensión familiar (fs. 194-196).

IV. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

4.1. Admisión del recurso de apelación:

Mediante proveído de 4 de marzo de 2019 se resolvió admitir el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2018 por el Juzgado Trece Administrativo Oral de Tunja (f. 205 y vto.).

4.2. Traslado alegatos de conclusión:

En firme el auto que admitió el recurso de apelación, sin que se hubiese presentado solicitud alguna, el 29 de marzo de 2019 se resolvió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para que presentaran sus alegatos de conclusión, vencido el cual, se ordenó correr traslado al Ministerio Público por el mismo término para que presentara concepto (f. 208 y vto.).

4.2.1. Parte demandante (f. 210-214):

Reiteró los argumentos expuestos en su recurso de alzada. Agregó que (i) se debe aplicar la condición más beneficiosa; (ii) por haber laborado para el Estado guardaron la expectativa de adquirir una pensión de vejez, aún para la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993 y que después se afianzó con el surgimiento de la Ley 1580 de 2012 al punto que, con la sumatoria de tiempos, acreditaron un total de 1.153 semanas, superiores a las 750 exigidas por el Acto legislativo 01 de 2005 para acceder al régimen de transición. Insistió que esta circunstancia debe ser tenida en cuenta para dar prosperidad a las pretensiones de la demanda.

4.2.2. Municipio de La Capilla (f. 216-218):

Deprecó que la sentencia de primera instancia sea confirmada en su totalidad. Arguyó que el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 no es aplicable al caso, comoquiera que la Ley 1580 de 2012 y su Decreto Reglamentario 288 de 2014 prevén taxativamente los requisitos mínimos para adquirir el derecho a la pensión familiar.

A renglón seguido, afirmó que no se acreditó el número de semanas cotizadas y no existe un régimen de transición que justifique una decisión diferente; que los actores tampoco demostraron el requisito previsto en el literal f) del artículo 2º del Decreto 288 de 2014, relativo a la clasificación en los niveles 1 y 2 del SISBEN al momento de cumplir con la edad de pensión. Manifestó que no puede aplicarse discrecionalmente la ley, pues son requisitos de obligatorio cumplimiento.

243

*Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Luis Alfredo Roa y otra
Demandado: Municipio de La Capilla
Expediente: 15001 3333 011 2017 00048 01*

4.2.3. Ministerio Público (f. 220 y ss.):

El Señor Procurador 122 Delegado ante este Tribunal, en su concepto de fondo opina que la sentencia apelada amerita se confirmada, sin condena en costas.

Señaló que la figura de la pensión familiar ha contribuido, significativamente, para que un número mayor de personas de la tercera edad se beneficie de una mesada pensional que, no era posible antes de su entrada en vigencia y que permite la ampliación de la cobertura en el sistema de seguridad social en pensiones en Colombia.

No obstante, el artículo 151-C de la Ley 1580 de 2012 que adicionó la Ley 100 de 1993, estableció que las exigencias y condiciones que deben cumplir los aspirantes a la prestación deben satisfacerse de manera perentoria y conjunta. Que la carencia de alguno impide el reconocimiento y, lo contrario, atentaría contra el sistema pensional.

*Agregó que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 1580 de 2012, el mínimo de semanas cotizadas para acceder a la pensión familiar era de **1.225** conforme a lo previsto en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 y, sumados los guarismos de semanas cotizadas por uno y otro accionante equivalen a 466, 28 y 686,3, respectivamente, para un total de **1152,58** semanas. Por este motivo, afirmó, no se cumplió con el requisito de tiempos al faltar 72,42 semanas para completar el tiempo mínimo requerido al año 2012.*

V. CONSIDERACIONES

Decide la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2018 por el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que negó las pretensiones de la demanda.

5.1. Del problema jurídico:

Los problemas jurídicos que se extraen del recurso de apelación presentado por la parte actora son los siguientes:

- 1. ¿Es procedente el reconocimiento de la pensión familiar bajo los postulados del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993?*

2. ¿Debe tenerse en cuenta, como requisito de tiempo de cotización, el contenido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 o, en su lugar, el previsto en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 por encontrarse vigente a la fecha de expedición de la Ley 1580 de 2012?

Adicionalmente, la Sala se detendrá en el análisis de la situación en la que se encuentran los demandantes como personas de la tercera edad que, conforme a la Constitución Política, el bloque de constitucionalidad y la ley, son sujetos de especial protección.

5.2. De la pensión familiar:

La Ley 1580 de 2012, por la cual se creó la pensión familiar, adicionó un nuevo capítulo al Título IV, al libro I y, también al Capítulo V de la Ley 100 de 1993 (artículo 1º).

El artículo 151-A incluido en la Ley 100 de 1993 por la Ley 1580 de 2012, establece:

“Definición de Pensión Familiar. Es aquella que se reconoce por la suma de esfuerzos de cotización o aportes de cada uno de los cónyuges o cada uno de los compañeros permanentes, cuyo resultado es el cumplimiento de los requisitos establecidos para la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida o régimen de ahorro individual y de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993.”

De esta manera, al regular la pensión familiar en el régimen de prima media con prestación definida, el artículo 151-C estableció, ente otros, los siguientes requisitos:

1. Tienen derecho a la pensión familiar quienes cumplan los requisitos para adquirir el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.
2. Podrán optar los dos cónyuges o compañeros permanentes que obtengan la edad mínima de jubilación y, la suma del número de semanas de cotización, debe superar el mínimo de semanas requeridas para el reconocimiento de la pensión de vejez de manera individual.
3. Los cónyuges deberán estar afiliados al régimen pensional de prima media con prestación definida y acreditar más de cinco años de relación conyugal.
4. La pensión familiar deberá ser una sola pensión, de acuerdo al artículo 48 de la Constitución Política.

5. Solo podrán ser beneficiarios de la pensión familiar aquellas personas que se encuentren clasificadas en el Sisbén en los niveles 1, 2 o en cualquier otro sistema equivalente que diseñe el Gobierno Nacional.
6. Cada beneficiario deberá haber cotizado a los 45 años de edad, el 25% de las semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez de acuerdo a la ley.
7. La pensión familiar no podrá exceder de un salario mínimo legal mensual vigente.

Conjuntamente, el artículo 151-F previó que el reconocimiento y pago de la pensión familiar se adquiere a partir de la fecha de la solicitud de este derecho ante el sistema, previo cumplimiento de los requisitos exigidos.

La Corte Constitucional en la Sentencia **C-613 de 2013**¹ se pronunció sobre la constitucionalidad de los literales k) y m) del artículo 151C de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 3 de la Ley 1580 de 2012 y precisó que la pensión familiar es un derecho creado por el legislador para los afiliados al sistema que no puedan completar las semanas de cotización necesarias para acceder a una pensión de vejez de forma individual, en cualquiera de los regímenes pensionales. Lo anterior, a fin de evitar una posible amenaza de su mínimo vital al llegar a la tercera edad; adicionalmente explicó:

- ❖ La pensión familiar se pretende beneficiar a los afiliados al sistema que por razones como la imposibilidad de acceder a un empleo estable a causa de la edad y los altos niveles de desempleo, no pueden completar las semanas de cotización necesarias para declarar una pensión de vejez de forma individual.
- ❖ Se considera también como una alternativa a la indemnización sustitutiva, es decir, cada pareja de esposos o compañeros permanentes debe analizar si, cumplidos los requisitos, le es más favorable la pensión familiar o la indemnización sustitutiva.

De igual manera, las condiciones para acceder al derecho a la pensión familiar fueron previstas en el Decreto 288 de 2014, mediante el que fue reglamentada la pluricitada Ley 1580 de 2012, que en su artículo 2º refirió:

¹ M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt C.

“Requisitos para la obtención de la pensión familiar en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Los requisitos que deberán acreditar de forma individual cada cónyuge o compañero permanente para optar por el reconocimiento de la pensión familiar en el Régimen de Prima Media son los siguientes:

- a) *Estar afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al momento de la solicitud de la pensión;*
- b) *Haber cumplido con los requisitos para adquirir el derecho a la indemnización sustitutiva de que trata el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, siempre que dicha indemnización no haya sido pagada;*
- c) *Sumar entre los dos como mínimo, el número de semanas exigidas para el reconocimiento de la pensión de vejez conforme a lo establecido en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993;*
- d) *Haber cotizado a los cuarenta y cinco (45) años de edad, el veinticinco por ciento (25%) de las semanas requeridas para acceder a una pensión de vejez, teniendo en cuenta el año del cumplimiento de esta edad, de conformidad con la siguiente tabla:*

VIGENCIA	SEMANAS REQUERIDAS
2004 y anteriores	250,00
2005	262,50
2006	268,75
2007	275,00
2008	281,25
2009	287,50
2010	293,75
2011	300,00
2012	306,25
2013	312,50
2014	318,75
2015 y siguientes	325,00

- e) *Acreditar más de cinco (5) años de relación conyugal o convivencia permanente, que debió haber iniciado antes de haber cumplido 55 años de edad cada uno;*
- f) *Estar clasificados en los niveles 1 y 2 del Sisbén al momento del cumplimiento de la edad de pensión, de acuerdo con los cohortes definidos por el Ministerio del Trabajo.*

Parágrafo. *La relación conyugal o convivencia de que trata el literal e) del presente artículo, debe ser acreditada mediante el registro civil de matrimonio o la declaración de unión marital de hecho ante notaría pública, según corresponda. Adicionalmente, debe anexarse una declaración jurada extraproceso rendida por terceros, donde conste la convivencia entre los*

245

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Luis Alfredo Roa y otra
Demandado: Municipio de La Capilla
Expediente: 15001 3333 011 2017 00048 01

solicitantes, así como el tiempo de la misma.” (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Mediante sentencia **C-134 de 2016**², la Corte Constitucional consideró que el requisito relacionado con el cumplimiento del 25% de cotización a los 45 años es adecuado para satisfacer el fin constitucional de ampliación de la cobertura del sistema de seguridad social en salud en armonía con las finalidades superiores de preservar la sostenibilidad financiera del sistema pensional y de promover la igualdad real y efectiva mediante la identificación de un grupo de beneficiarios vulnerable y merecedor de recibir el subsidio implícito en el régimen de prima media sin crear discriminación o beneficio contrario a la debida asignación de recursos públicos escasos, razón por la cual declaró su constitucionalidad.

En resumen, la pensión familiar fue concebida en la Ley 1580 de 2012 como una forma de ampliar la cobertura en el sistema de pensiones, razón por la cual opera en ambos regímenes pensionales, estos son, prima media con prestación definida y ahorro individual con solidaridad; se trata de un derecho que permite a los afiliados al sistema que no puedan completar las semanas de cotización necesarias para acceder a una pensión de vejez de forma individual, optar por una prestación opcional a la indemnización sustitutiva o a la devolución de saldos, con el objeto de amparar el riesgo de vejez sumando los esfuerzos de cotización o aportes de cada uno de los cónyuges o compañeros permanentes.

Bajo los anteriores parámetros se analizará el recurso de apelación.

5.3. Caso concreto:

En el sub examine, los actores pretenden la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en el **Oficio de 9 de noviembre de 2016** por medio del cual el Alcalde Municipal de La Capilla negó el reconocimiento y pago de la pensión familiar de vejez de la que trata la Ley 1580 de 2012, decisión que la sentencia de primera instancia consideró ajustada a la ley al considerar que los demandantes no cumplen con i) el número mínimo de semanas cotizadas y ii) estar clasificados en el nivel 1 o 2 del SISBEN al momento del cumplimiento de la edad de pensión.

²M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

5.3.1. Hechos probados:

Previo a desarrollar el problema jurídico planteado, la Sala procederá a descender a los **hechos demostrados** de acuerdo con las pruebas arrimadas oportunamente al expediente:

- ❖ El señor Luis Alfredo Roa y la señora María Resurrección Villamil Cárdenas nacieron el 30 de abril de 1935 y 5 de febrero de 1936, respectivamente. (fs. 33-34)
- ❖ El señor Luis Alfredo Roa y la señora María Resurrección Villamil contrajeron matrimonio católico el 8 de abril de 1961. (f. 11)
- ❖ El Coordinador de Archivo General del Ministerio de Defensa Nacional certificó que el señor Luis Alfredo Roa prestó sus servicios para el Ejército Nacional en el rango de Cabo Segundo, entre los meses de abril de 1957 y marzo de 1958 (f. 12 y vto.).
- ❖ Según los certificados de Información Laboral para bono pensional 1, 2 y 3 del Ministerio de Defensa Nacional, el señor Luis Alfredo Roa estuvo vinculado laboralmente para “bono pensional o pensión” al Ejército Nacional como Soldado desde el **12 de mayo de 1954 al 30 de junio de 1955** y en calidad de Cabo Segundo entre el **1º de julio de 1955 y el 1º de marzo de 1958** (fs. 13-15).
- ❖ A folios 16 a 20, obran **1. Certificado de Información Laboral Formato No. 1; 2. Certificación de Salario Base No. 2 y 3. Certificación de Salario Mes a Mes No. 3** expedidos por la Gobernación de Boyacá a nombre de Luis Alfredo Roa Ovalle, en los cuales se certificó que laboró para “Acueductos y alcantarillado de Boyacá S.A.” desde el **26 de abril de 1964 al 15 de junio de 1969**, relación dentro de la cual se realizaron aportes a pensiones en Cajanal (f. 16-20).
- ❖ El Alcalde Municipal de La Capilla hizo constar que, conforme a certificación expedida por la Contraloría General de Boyacá de 28 de mayo de 2010, que la señora María Resurrección Villamil de Roa prestó sus servicios a esa entidad territorial, los siguientes cargo y tiempos:

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
 Demandante: Luis Alfredo Roa y otra
 Demandado: Municipio de La Capilla
 Expediente: 15001 3333 011 2017 00048 01

Cargo	Fecha De Inicio	Fecha De Retiro
Secretaria Alcaldía	05/12/1967	23/02/1968
Tesorera Recaudadora	15/08/1970	31/12/1970
Tesorera Recaudadora	01/01/1971	31/12/1971
Tesorera Recaudadora	01/01/1972	31/05/1972
Tesorera Recaudadora	01/07/1972	31/12/1972
Tesorera Recaudadora	01/01/1973	31/12/1973
Tesorera Recaudadora	01/01/1974	30/11/1974
Tesorera Recaudadora	01/01/1975	31/12/1975
Tesorera Recaudadora	01/01/1976	31/12/1976
Tesorera Recaudadora	01/01/1977	28/02/1977
Tesorera Recaudadora	05/03/1979	31/12/1979
Tesorera Recaudadora	01/01/1980	31/12/1980
Tesorera Recaudadora	01/01/1981	31/12/1981
Tesorera Recaudadora	01/01/1982	02/03/1982
Tesorera Recaudadora	23/02/1983	31/12/1983
Tesorera Recaudadora	01/01/1984	31/12/1984
Tesorera Recaudadora	01/01/1985	26/05/1985

Dentro del mismo documento el primer mandatario local consignó “La presente se expide en las anteriores condiciones y bajo el principio de la buena fe de la peticionaria (art. 83 C.P.), en virtud de que revisados los archivos de la administración municipal no se encontró soporte alguno sobre el particular.” (f. 21)

- ❖ Según el Certificado de Información Laboral Formato No. 1 y Certificación de Salario Base Formato No. 2, expedidos por el Municipio de La Capilla a nombre de María Resurrección Villamil de Roa, la actora prestó sus servicios a ese ente territorial entre el **5 de diciembre de 1967** y el **23 de febrero de 1968** en el cargo de Secretaria Alcaldía y como Tesorera Recaudadora entre el **15 de agosto de 1970** y **26 de mayo de 1985**, con algunos periodos de interrupción y sin que se indique a qué fondo o entidad se realizaron los respectivos aportes para pensión (fs. 22-23).
- ❖ La Directora de Servicios Administrativos de la Gobernación de Boyacá certificó que la señora María Resurrección Villamil de Roa en calidad de empleada pública prestó sus servicios al Departamento de Boyacá entre el **11 de diciembre de 1985** y el **9 de abril de 1987**, en el cargo de Alcalde Municipal de La Capilla Nivel Técnico Grado 3 y, que durante el tiempo de vinculación laboral, se realizaron aportes para pensión a la Caja de Previsión Social de Boyacá –hoy Fondo Pensional Territorial de Boyacá-. (f. 24)
- ❖ Conforme al Certificado de Información Laboral No. 1, Certificación de Salario Base No. 2 y Certificación de Salario Mes a Mes No. 3 (B) emitido por la Gobernación de Boyacá, María Resurrección Villamil de Roa se desempeñó

como Alcalde entre el 11 de diciembre de 1985 y 9 de abril de 1987, y se realizaron aportes a la Caja de Previsión Social de Boyacá. (fs. 25-28)

- ❖ *El señor Luis Alfredo Ovalle Pérez y la señora Luz Marina Méndez manifestaron en “declaración extraproceso No. 53” suscrita ante el Notario Único del Círculo de Tenza, que conocen a Luis Alfredo Roa y María Resurrección Villamil de Roa desde hace 40 y 50 años, respectivamente, por ser vecinos del Municipio La Capilla, que son casados por el rito católico y que han convivido por más de 20 años como marido mujer siempre bajo el mismo techo, además, que son personas de escasos recursos económicos y que por su edad están impedidos para trabajar. (fs. 29-30)*
- ❖ *El 20 de octubre de 2016 los señores María Resurrección Villamil de Roa y Luis Alfredo Roa dirigieron petición al Alcalde Municipal de La Capilla mediante la cual solicitaron i) que decretara que como esposos tienen derecho a una pensión de vejez familiar por haber servido entre ambos por un tiempo superior a 27 años y contar cada uno con edades superiores a los setenta años y ii) que se disponga y ordene el pago de una pensión de vejez familiar equivalente a un (1) salario mensual legal vigente desde que entró en vigencia la ley que concedió ese derecho y hasta el fallecimiento de los cónyuges. (fs. 45-47)*
- ❖ *Mediante Oficio No. ALCB de 9 de noviembre de 2016 el Alcalde Municipal de La Capilla al dar respuesta a la petición presentada por los actores, hizo referencia a la pensión familiar de vejez a partir del contenido de la Ley 1580 de 2012 (Art. 151 A), el Decreto 288 de 2014 y un extracto de la sentencia C-134 de 2016 de la Corte Constitucional y concluyó que “De las normas citadas y la Jurisprudencia, es claro que la pensión familiar tiene aplicación para los cotizantes al Sistema General de Pensiones, situación que los peticionarios no cumplen, razón por la cual el Municipio no accede a lo solicitado.” (fs. 35-36)*
- ❖ *El Alcalde Municipal de La Capilla certificó por Oficio No. D.A. 100.15.01-162-2018 de 6 de marzo de 2018, que revisados los archivos de la entidad por el periodo comprendido entre 1967 y 1985 se constató que no cuentan con archivo físico ni magnético de los aportes a seguridad social de los funcionarios adscritos a la entidad territorial, razón por la cual no es posible remitir información al respecto. (f. 132)*
- ❖ *El Director de Ingresos por Aportes de Colpensiones certificó el 13 de marzo de 2018 que “verificadas las bases de datos de la entidad, respecto a los ciudadanos*

247

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Luis Alfredo Roa y otra
Demandado: Municipio de La Capilla
Expediente: 15001 3333 011 2017 00048 01

LUIS ALFREDO ROA identificado con C.C. No. 1019185; y MARIA RESURRECCIÓN VILLAMIL ROA identificada con cédula de ciudadanía No. 2381128; no se evidencia registro de pagos por concepto de aportes pensionales en cabeza de ningún empleador, así mismo como por tipo de vinculado independiente no se reflejan cotizaciones.” (fs. 145, 153 y 156)

5.3.2. De la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993:

En tesis de los demandantes, el a quo desconoció el derecho que les asiste a la pensión familiar de vejez con el tiempo cotizado al no haber dado aplicación al régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

A su juicio, (i) tienen derecho al reconocimiento bajo aquella disposición por ostentar para su entrada en vigencia las edades de 35 y 40 años, respectivamente; (ii) contaban con más de 15 años de servicios cotizados, por consiguiente, era factible que se tuviera en cuenta que su derecho a pensionarse se consolidaba con 20 años de servicio y no con la aplicación de la Ley 793 de 2003, la cual requiere mayores tiempos de cotización al sistema y edad.

El régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 tenía como objeto fundamental proteger las expectativas de quienes se encontraban próximos a cumplir los requisitos establecidos para acceder a la pensión de jubilación consagrados en el régimen anterior³. La Corte Constitucional lo definió como “un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo.”⁴

*Sin embargo, este beneficio otorgado a aquellas personas que guardaban una expectativa de adquirir ese salario diferido, no se hizo extensivo a todos los sistemas de pensión que fueron creados antes o después de esta disposición normativa; que, además, tenían como finalidad proteger el ahorro forzoso **del trabajador** y no beneficiar a quienes no se encontraban en los supuestos legales consagrados en el artículo anteriormente citado.*

³ Corte Constitucional, sentencia C-258 de 2013.

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-789 de 2002.

En ese contexto, la respuesta al cargo de la alzada carece de prosperidad pues, la misma norma creadora de la pensión familiar dispuso que, en el caso en que alguno de los aspirantes al beneficio prestacional de la pensión familiar estuviera cobijado por el régimen de transición, la misma no podría determinarse conforme a los requisitos fijados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El tenor literal del artículo 151-C consagra:

“(…)

c) En el evento de que uno de los cónyuges o compañeros permanentes se encuentre cobijado por el régimen de transición, consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la pensión familiar no se determinará conforme a los criterios fijados en ese mismo artículo;” (Subraya fuera de texto)

De esta manera, emerge diáfano que el legislador desestimó y restringió la aplicación del régimen de transición aun cuando cualquiera de los cónyuges o compañeros permanentes aspirantes a la pensión familiar estuviera incurso en el que contempla el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior, pues al momento de expedición de Ley 1580 de 2012, tal prerrogativa no existía en el ordenamiento jurídico, aunado a que en virtud del principio de inescindibilidad, no pueden aplicarse indiscriminadamente distintos regímenes pensionales.

Recuérdese que no se puede equiparar la naturaleza de la pensión de vejez con la pensión familiar, así se precisó en la Sentencia C-134 de 2016 proferida por la Corte Constitucional al señalar que **la pensión de vejez y la familiar no son en estricto sentido comparables**, como tampoco lo son sus respectivos grupos de beneficiarios, y cómo la facultad de configuración del legislador es amplia y da lugar a la aplicación de un nivel intermedio de escrutinio constitucional, cuyos resultados permiten sostener que la medida persigue fines constitucionales como la ampliación de la cobertura del sistema de seguridad social en pensiones, la promoción de las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y la sostenibilidad financiera del sistema pensional, particularmente en el régimen de prima media con prestación definida, que contribuye a identificar un grupo vulnerable y merecedor de enfoque del gasto público social, merced a la asunción pública del subsidio implícito con que el Estado contribuye al pago y al reajuste de las pensiones en el régimen de prima media, ante la insuficiencia de las cotizaciones y de sus rendimientos. En efecto, la Corte Constitucional, en la sentencia acabada de mencionar⁵ enfatizó :

⁵ C-134 de 2016.

278

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Luis Alfredo Roa y otra
Demandado: Municipio de La Capilla
Expediente: 15001 3333 011 2017 00048 01

“Según la concepción legal de la pensión familiar, tienen la posibilidad de acceder a ella los dos miembros de una pareja, sean cónyuges o compañeros permanentes, que suman sus esfuerzos de cotización a fin de que, entre ambos, puedan cumplir los requisitos establecidos para la pensión de vejez que, de acuerdo con su regulación legislativa, a diferencia de la familiar, es una pensión debida al empeño de una sola persona que, individualmente, se verá beneficiada cuando cumpla los requisitos a tal efecto establecidos.

(...)

Esa ampliación de la cobertura del sistema general de seguridad social en materia pensional, que se procura mediante la introducción de la pensión familiar tiene por destinatarios a personas ubicadas en condiciones de vulnerabilidad, ya que en el régimen de prima media que sirve de marco a este análisis, solo podrán ser beneficiarios quienes se encuentren clasificados en los niveles 1 y 2 del SISBEN, a lo que se agrega que el valor de la pensión no podrá exceder de un salario mínimo legal mensual vigente”.

Bajo el anterior contexto, se concluye que no es procedente en el caso de los actores aplicar el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para consolidar el requisito de las semanas de cotización de la pensión familiar de vejez creada por la Ley 1580 de 2012 por restricción legal expresa contenida en el literal c) del artículo 151 C ibídem.

Sin mayor elucubración, el cargo de apelación no es de recibo.

5.3.3. Del requisito de semanas de cotización:

En virtud del servicio prestado por los demandantes al sector público se completaron las siguientes semanas de cotización:

a. Luis Alfredo Roa (f. 12-20):

<i>Entidad</i>	<i>Cargo</i>	<i>Periodo</i>	<i>Semanas Cotizadas</i>
<i>Ministerio de Defensa- Ejército Nacional</i>	<i>Soldado</i>	<i>Desde 12/05/1954 hasta 30/06/1955</i>	<i>59,14</i>
<i>Ministerio de Defensa- Ejército Nacional</i>	<i>Cabo Segundo</i>	<i>Desde 01/07/1955 hasta 01/03/1958</i>	<i>139,14</i>
<i>Departamento de Boyacá</i>	<i>Administrador Fontanero</i>	<i>Desde 26/04/1964 hasta 15/06/1969</i>	<i>268</i>
Total semanas			466,28

b. María Resurrección Villamil de Roa (f. 21-28):

<i>Entidad</i>	<i>Cargo</i>	<i>Periodo</i>	<i>Semanas Cotizadas</i>
Municipio de La Capilla	Secretaria	Desde 05/12/1967 hasta 23/02/1968	11,4
Municipio de La Capilla	Tesorera Recaudadora	Desde 15/08/1970 hasta 31/05/1972	93,5
Municipio de La Capilla	Tesorera Recaudadora	Desde 01/07/1972 hasta 30/11/1974	126
Municipio de La Capilla	Tesorera Recaudadora	Desde 01/01/1975 hasta 28/02/1977	112,7
Municipio de La Capilla	Tesorera Recaudadora	Desde 05/03/1979 hasta 02/03/1982	156,1
Municipio de La Capilla	Tesorera Recaudadora	Desde 23/02/1983 hasta 26/05/1985	117,5
Departamento de Boyacá	Alcalde	Desde 11/12/1985 hasta 09/04/1987	69,1
Total semanas			686,3

De esta manera, se concluye que entre los cónyuges demandantes se completaron un total de **mil ciento cincuenta y dos punto cincuenta y ocho (1152,58)** semanas de cotización.

Entonces, no queda duda que no se cumple el número de semanas previsto en la Ley 1580 de 2012 que era de 1.225 semanas, pero no lo es menos que los accionantes cotizaron un total de **1152,58 semanas**, es decir, cumplieron con el **94,08%**, sumando más de **22 años** y contando actualmente con **81 y 83 años**. Las anteriores circunstancias permiten avizorar que el caso formula situaciones de orden constitucional que no pueden perderse de vista, en la decisión a tomar.

La Corte Constitucional, desde la entrada en vigencia de la Carta Política, ha sido garante de los derechos de las personas de avanzada edad. Por ejemplo, en la sentencia T-011 de 1993 indicó que, para que la vida sea digna de principio a fin, **es obligatorio** asegurar a las personas de la tercera edad el derecho a la seguridad social, particularmente, lo que concierne al pago oportuno de las prestaciones a su favor, "ya que su no pago, habida cuenta de su imposibilidad para devengar otros ingresos ante la pérdida de su capacidad laboral, termina atentando directamente con el derecho a la vida". (Negrilla fuera de texto)

Así mismo, en la sentencia T-135 del mismo año, enseñó que el artículo 13 Superior le impone al Estado el deber de velar por aquellas personas que, por sus condiciones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancia de debilidad

279

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Luis Alfredo Roa y otra
Demandado: Municipio de La Capilla
Expediente: 15001 3333 011 2017 00048 01

manifiesta. Por ello, se busca que se promueva la igualdad real y efectiva a este sector que “merece y necesita una especial protección por parte del Estado- como obligación constitucional-, de la sociedad y de sus familias, dentro del principio de solidaridad social en que se cimienta el Estado (Art. 48).”

El Máximo Tribunal Constitucional ha protegido la prevalencia del derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad en numerosas sentencias, entre las cuales se pueden citar, a título de ejemplo, las siguientes: T-484 de 1997, T-107 de 1998, T-120A de 1998, T-169 de 1998, T-221 de 1998, T-364 de 1998, T-020 de 1999, T-126 de 2000, T-264 de 2000, T-282 de 2000, T-542 de 2000, T-588 de 2000, T-719 de 2000, T-018 de 2001, T-1101 de 2002, T-027 de 2003, T-744 de 2003, T-391 de 2004 y T-249 de 2005. Además, en la sentencia T-581A de 2011 explicó:

*“El principio constitucional de dignidad humana, sobre el que se establece el Estado social de derecho sirve de fundamento al derecho al mínimo vital, cuyo objeto no es otro distinto del de **garantizar las condiciones materiales más elementales, sin las cuales la persona arriesga perecer y quedar convertida en ser que sucumbe ante la imposibilidad de asegurar autónomamente su propia subsistencia.***
(...)

*En otras palabras, la Constitución Política contempla una serie de sujetos necesitados de un “trato especial” en razón de su situación de debilidad manifiesta. El régimen de favor comprende a personas o colectivos indefensos que merecen una particular protección del Estado para que puedan desplegar su autonomía en condiciones de igualdad con los restantes miembros del conglomerado social, y **no se vean reducidos, con grave menoscabo de su dignidad, a organismos disminuidos y oprimidos por las necesidades de orden más básico.**” (Resaltado y subrayado fuera de texto)*

En ese orden de ideas, para el presente caso es relevante constitucionalmente la edad avanzada de los demandantes y la trascendencia que, para su vida, a la edad con la que cuentan, trae el reconocimiento de la pensión familiar, dada la innegable disminución de sus condiciones.

En reciente sentencia T-015 de 2019, la Corte Constitucional precisó la diferencia entre el adulto mayor y la persona de tercera edad, frente al primero trajo a colación la definición vertida en la Ley 1276 de 2009⁶, respecto de la persona de tercera edad, precisó:

“... ”

⁶ Ley 1276 de 2009. Artículo 7°. “Definiciones. Para fines de la presente ley, se adoptan las siguientes definiciones: // (...) b). Adulto Mayor. Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más. A criterio de los especialistas de los centros vida, una persona podrá ser clasificada dentro de este rango, siendo menor de 60 años y mayor de 55, cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen”.

16.1. Por su parte, la calidad de “persona de la tercera edad” solo puede ostentarla quien no solo es un adulto mayor, sino que ha superado la esperanza de vida. No todos los adultos mayores son personas de la tercera edad; por el contrario, cualquier persona de la tercera edad será un adulto mayor.

Para efecto de precisar a qué edad una persona puede catalogarse en la tercera edad, esta Corporación ha acudido a la esperanza de vida certificada por el DANE⁷. Ha asumido que la tercera edad inicia cuando la persona supera la expectativa de vida fijada por aquel organismo público, misma que varía periódicamente. A esta se le conoce como la tesis de la vida probable, que en este caso concreto fue aplicada por el ad quem.

Durante el periodo comprendido entre 2015 y 2020, conforme el documento titulado “Indicadores Demográficos Según Departamento 1985-2020. Conciliación Censal 1985-2005 y Proyecciones de Población 2005-2020” emitido por el DANE⁸, la esperanza de vida al nacer para la totalidad de la población en Colombia (sin distinguir entre hombres y mujeres), se encuentra estimada en los 76 años. Por lo tanto, una persona será considerada de la tercera edad solo cuando supere esa edad, o aquella que certifique el DANE para cada periodo específico.

16.2. La distinción entre adultos mayores y los individuos de la tercera edad implica el reconocimiento de la heterogeneidad entre personas de avanzada edad y la necesidad de brindar un trato especial a las que, entre aquellas, presenten mayores dificultades asociadas con los efectos biológicos del paso del tiempo...” (Subrayado fuera de texto)

Ahora, como se anticipó los demandantes no alcanzaron el 5.92% del número de semanas exigidas por la ley, pero **sumaron 22 años de servicios** y como se dijo, son personas de la tercera edad.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, al ordenar el reconocimiento de pensión de sobrevivientes **sin la totalidad de semanas cotizadas**, indicó que negar el derecho “**desconoce la totalidad del proceso histórico y evolutivo que ha permitido la creación de lo que ahora conocemos como el “Estado Social y Democrático de Derecho”**”; el cual ya no solo implica que el Estado se encuentra en la obligación de permitir el autónomo ejercicio de las libertades individuales, sino que, en la actualidad, dispone que es él el encargado de garantizar las condiciones de posibilidad de su ejercicio, a través de conductas activas que contrarresten las desigualdades sociales existentes y le ofrezcan a la población las condiciones necesarias para ejercer materialmente dichas libertades.”⁹.

⁷ Sentencia T-047 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo.

⁸ En: <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/series.../proyecc3.xls>

⁹ Sala Plena de la Sección Segunda sentencia de 25 de abril de 2013 proferida en el proceso con radicación número 76001-23-31-000-2007-01611-01 y ponencia del Consejero Doctor Luis Rafael Vergara Quintero.

Y, más adelante indicó que resultaba inadmisibile que ante la continuidad de situaciones desproporcionadas, irrazonables e injustas, sea posible que el juez se encuentre en la obligación de dar primaría a la formalidad en las leyes y a principios de seguridad jurídica, sobre **el efectivo reconocimiento y garantía de los derechos**. Ello, porque “nos enfrentamos a un evidente déficit de protección que requiere de la inmediata intervención del Estado y justifica que se entienda como no consolidada la situación jurídica de estas personas; de forma que quienes constituyen este especial sector de la población puedan ser sujetos de la aplicación retrospectiva del ordenamiento jurídico actual y, así, se permita el surgimiento de este derecho pensional en cabeza del núcleo familiar del afiliado.”¹⁰

A su vez, en sentencia proferida el 3 de marzo de 2015, la Subsección “A” de la misma Sección, en el proceso con radicación número 05001-23-33-000-2012-00772-01, con ponencia del Consejero Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, también se interpretó:

*“Considerando que el juez debe estar inspirado al momento de realizar la interpretación normativa por principios de justicia material y no formal, y que conforme el criterio auxiliar de equidad, éste se encamina a evitar la arbitrariedad y la injusticia que se pueda derivar de la aplicación de una ley a una situación particular, cuyas especificidades exigen una solución distinta a la estricta y rigurosamente deducida de la norma legal, para la Sala es claro que si del 100% de la exigencia legal aplicable para este caso (15 años de servicio), el causante y cónyuge de la accionante alcanzó a cumplir el 98% (14 años 7 meses 16 días), **no existe justificación real alguna que invalide el derecho a otorgarle el reconocimiento pensional** bajo el régimen especial dispuesto en el aludido decreto, máxime que el ínfimo 2% restante, representado en escasos 4 meses 14 días, no lo alcanzó a cumplir por un simple capricho o decisión suya, sino por el acaecimiento de un hecho fortuito como es la muerte.”¹¹*

¹⁰ “6.8. En conclusión, estima la Sala que, como una tercera **interpretación plausible** para la resolución de la problemática jurídica planteada (y, en la práctica la única hermenéutica que permite resolver dicha situación sin incurrir en un menoscabo evidente a los principios que rigen nuestro ordenamiento superior actual), **resulta indispensable admitir que, en aras de impedir la configuración de espacios vacíos exentos del alcance y cobertura de la Constitución, se estime como no consolidada la situación jurídica de estas personas**. Lo anterior, pues si bien es cierto que, como se expuso con anterioridad, por regla general la situación jurídica de un afiliado se entiende consolidada cuando éste ha satisfecho los requisitos para hacerse acreedor a un determinado modelo pensional, o cuando acaece un hecho que hace imposible su configuración. En este caso se ha estimado necesario entender como no consolidada la situación jurídica de estas personas, con el objetivo de que, **como producto del diáfano déficit de protección en el que se encuentran, sea posible dar aplicación retrospectiva a los postulados de la Ley 100 de 1993** (que contemplan la figura de la pensión de sobrevivientes) y, así, garantizar la efectividad del principio de supremacía constitucional y de todos los demás valores y principios de su esencia. Ello, con el objetivo de que esta situación no siga siendo avalada por el Estado Social y Democrático de Derecho que nos circunscribe y que cuenta con la obligación de propender por la materialización de unas condiciones mínimas de justicia e igualdad material.” (Negrilla fuera del texto original)

¹¹ Valga decir que en oportunidades anteriores, y bajo ciertas circunstancias que resultan parecidas al caso bajo estudio, en aplicación de criterios equidad y justicia, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha ordenado reconocer prestaciones pensionales cuando lo que faltaba para cumplir el requisito de ley ha sido menor y obedece a circunstancias ajenas al querer del interesado, tal y como lo resolvió, v.gr., en sentencias de la Subsección A, del 26 de octubre de 2006, radicado interno 4109-04, CP Dr.

Aunado a lo anterior, como está acreditado que la demandante y cónyuge superviviente del causante en la actualidad cuenta con 77 años de edad, al haber nacido en 1948, es diáfano que la hace merecedora de una protección especial, conforme lo ha estimado nuestro Tribunal Constitucional en su profusa jurisprudencia, de ahí que dejarla en el vacío al negarle la pensión de sobrevivientes, a pesar de las particularidades reseñadas, sería exponerla a condiciones de indignidad por una lectura literal y árida de la norma, comprometiendo su derecho a la seguridad social y a su mínimo vital que, por supuesto, ofendería su derecho esencial a una vida digna.” -Resaltado fuera de texto-

A su turno, en el marco del sistema regional de derechos humanos, la Organización de Estados Americanos –OEA- de la cual hace parte Colombia, promueve la protección especial de los derechos de los adultos mayores; en efecto, el Protocolo de San Salvador de 1988, reconoce que **las personas de edad avanzada gozan de unos derechos exclusivos** y en el artículo 17 señala que “*Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. (...)*”

Es prolija la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de la solidaridad que impone reconocer la pensión a quien cotizó al sistema; en la sentencia T-235 de 2017¹² resaltó que sería desmedido aceptar que una persona que cumplió cabalmente

Jaime Moreno García, y del 10 de octubre de 2013, radicado interno 1776-12, CP Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, y la Subsección B, la sentencia del 30 de septiembre de 2010, radicado interno 1067-09, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve, por mencionar algunas.

¹² Así lo explicó la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del trece (13) de agosto de mil novecientos noventa y siete (1997), rad. 9758,¹² al invocar en un caso el principio de la condición más beneficiosa para efectos de aplicar una norma anterior y conceder un reconocimiento pensional:

“[...] ante una contradicción tan evidente, impone el sentido común el imperio de una solución cimentada en una interpretación y aplicación sistemática de normas y en el espíritu de las mismas, consultando los principios de equidad y proporcionalidad. Y en tal orden de ideas se apartaría de estos postulados la decisión jurisdiccional que sin ningún análisis contextual aplicara al caso el artículo 46 de la ley 100 de 1.993, y so pretexto de haberse producido el deceso a los 3 meses y 23 días de entrar en vigencia el nuevo régimen de seguridad social y de no tener cotizadas el causante 26 semanas en el año anterior al fallecimiento, se negase a sus derechohabientes la pensión de sobrevivientes, que edificó el afiliado durante más de 20 años, las que le daban derecho a causar no sólo pensión de sobrevivientes sino aun a estructurar el requisito de aportes para la pensión de vejez.

Si se acogiera tal solución fría y extremadamente exegética se llegaría al absurdo que un mínimo de cotizaciones efectuadas durante solo 6 meses anteriores a la muerte dan más derecho que el esfuerzo de aportes durante toda una vida laboral efectuado por quien cumplió con todos los cánones estatuidos en los reglamentos vigentes durante su condición de afiliado, lo cual no solamente atenta contra los principios más elementales de la seguridad social, sino también contra la lógica y la equidad. (...)”

Esta posición admite una definición más amplia de la condición más beneficiosa, no solo como un mecanismo que protege a los usuarios de cambios intempestivos en la regulación, sino también como un postulado que los ampara de situaciones que en estricto sentido conducen a resultados desproporcionados en relación con otros afiliados que cumpliendo requisitos menos exigentes tienen derecho a un beneficio pensional, lo cual es incompatible con la Constitución. Con base en esta postura, la condición más beneficiosa también busca proteger a quienes habiendo cotizado un número amplio de semanas se desvincularon del sistema con la confianza de que, por haber asumido con total responsabilidad su carga de solidaridad hacia el mismo, podían esperar idéntica retribución en caso de presentarse el evento protegido (la muerte). (...)

La condición más beneficiosa, tal y como se puede interpretar de su aplicación en la jurisprudencia, no solo protege las expectativas legítimas de los ciudadanos de cambios normativos intempestivos, sino

251

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Luis Alfredo Roa y otra
Demandado: Municipio de La Capilla
Expediente: 15001 3333 011 2017 00048 01

con su deber de solidaridad al sistema, aportando un monto considerable de semanas, quede desprovisto de seguridad social.

La pensión familiar no es un subsidio o un beneficio proveniente de un programa social¹³, es, por el contrario, una **alternativa frente a la indemnización sustitutiva**, pues quienes aspiran a ella **han realizado de forma conjunta aportes al sistema para obtener pensión**¹⁴.

que adicionalmente los ampara de situaciones que en estricto sentido conducen a resultados desproporcionados respecto de otros usuarios que gozan de una pensión completando presupuestos de menor exigencia. Por tanto, limitar su uso a la norma inmediatamente anterior, desconoce que la aplicación "fría"¹² de las reglas jurídicas puede conducir a situaciones de inequidad, en las cuales una persona que realizó un gran esfuerzo por aportar al sistema, en un contexto de desempleo e informalidad, eventualmente puede quedarse sin acceder a algún derecho pensional, aun cuando el sistema ampara a personas en situaciones menos gravosas, que inclusive contribuyeron en menor medida a su sostenibilidad.

En este punto toma especial importancia el principio de equidad, pues la aplicación de la ley general a casos concretos evidencia situaciones de desprotección inaceptables desde el punto de vista de una Constitución basada en la solidaridad social, el derecho al trabajo y el principio de igualdad material. La equidad permite enmarcar las decisiones judiciales en los principios constitucionales y de justicia para adoptar respuestas más cercanas a los postulados superiores, en tanto invitan a tomar en cuenta las particularidades de los casos concretos que son relevantes para evitar situaciones incompatibles con la Carta Política. Así entonces, la equidad no sólo es un parámetro para llenar vacíos de regulación, sino también para compensar la necesidad de adecuar la ley a todos los asuntos que materialmente se presentan en la vida social."

¹³ https://vox.lacea.org/?q=blog/programas_sociales_colombia

"Primero: Colombia Mayor es un programa que busca proteger a los adultos mayores, en condición de pobreza o indigencia. Se les da un subsidio (entre 40 y 75 mil pesos) cada dos meses para que puedan pagar sus necesidades básicas.

Segundo, Jóvenes en Acción es un programa focalizado para las personas, entre los 16 y 24 años de edad, en condición de pobreza. Apoya con transferencias de dinero condicionadas a los jóvenes para que puedan realizar sus estudios. Tiene la finalidad de fomentar la generación de ingresos propios, la formación para el trabajo y el mejoramiento de las condiciones de vida.

Tercero, Más Familias en Acción es un programa que brinda incentivos económicos a las familias más pobres e indigentes con hijos menores de 18 años. Esto sujeto a unas condiciones, como es la asistencia de niños (de 0 a 6 años) a controles de crecimiento, que demuestren una alimentación y desarrollo saludable, y la asistencia permanente por parte de los hijos a centros educativos (desde el grado transición al grado once)."

¹⁴ Información consultada en el siguiente link: <http://svrpubinde.imprenta.gov.co/senado/view/gestion/gacetaPublica.xhtml>

Gaceta del Congreso No. 315 de 26 de mayo de 2011 el primer debate de la ley "...Este proyecto generará un amplio bienestar a un sinnúmero de colombianos que hoy no ven la posibilidad de conseguir, de manera independiente, la pensión de jubilación que les brindará una garantía económica en su vejez. Esta propuesta brinda la posibilidad de conservar dignidad en la vejez a las familias y conservar la calidad de vida de quienes en otras circunstancias no contarían con el beneficio de la pensión. La propuesta de crear un sistema de Pensión Familiar como una opción para el 45% de los aportantes que no logren completar los requisitos de ley para acceder a pensión cuando cumplan la edad requerida **se les debe establecer como una alternativa**. Es decir, que en lugar de optar por la indemnización o devolución de saldos, los afiliados que no llenen los requisitos en ambos sistemas podrán sumar los requisitos de su cónyuge para adquirir el derecho a la pensión familiar."

Aún más, el monto de la pensión, sin perjuicio del salario que sirvió de base es siempre un SMLMV, es decir, ni siquiera se atiende si, para el momento en que la pareja solicitante aportó lo hizo por suma superior a esa base. En el caso que se examina llama la atención los empleos que desempeñaron los demandantes, pues ellos no estuvieron en niveles básicos, por el contrario, para el caso del demandante se encuentran los de soldado, cabo segundo y administrador fontanero y en el caso de la demandante secretaria, tesorera y alcaldesa. Empleos que, conforme a los grados salariales de los empleos públicos, no provinieron de salarios mínimos, sino superiores, sin perjuicio que, con el paso de los días, no sólo no alcanzaran el tiempo para solicitar sus pensiones de jubilación independientes acorde con sus aportes, sino, además, que descendieran en la escala social a los estratos socio-económicos menos favorecidos, en una edad en la que sus oportunidades laborales son nulas.

Lo dicho, a juicio de esta Sala, permite dar por satisfecho el requisito de semanas cotizadas para admitir que la falta del mínimo porcentaje faltante (5.92%) sea suficiente para desestimar la pretensión de reconocimiento de pensión familiar en cuantía de un SMLMV, por servicios que sumados alcanzan 22 años y que se admite para personas que, a esta fecha, han superado su expectativa de vida, exigiendo una mayor protección del Estado.

5.3.4. Del requisito relativo a la clasificación del Sisbén:

La Ley 1580 de 2012 prevé que solo podrán ser beneficiarios de la pensión familiar, en el régimen de prima media con prestación definida, aquellas personas que se encuentren clasificadas en el **Sisbén en los niveles 1, 2** y/o en cualquier otro sistema equivalente que diseñe el Gobierno Nacional. A su turno, el Decreto Reglamentario 288 de 2014, estableció que uno de los requisitos para acceder a dicha prestación, era estar clasificados en los niveles 1 y 2 del Sisbén **al momento del cumplimiento de la edad de pensión, de acuerdo a los cohortes definidos por el Ministerio de Trabajo.**

Sobre este requisito exigido a la pensión familiar, al estudiar su constitucionalidad y el principio de igualdad, la Corte Constitucional en la sentencia C-613 de 2013, explicó:

“(…)

7. Cabe recordar que el Sistema de Identificación de los Potenciales Beneficiarios de los Programas Sociales -Sisben- es un sistema de información diseñado por el Gobierno Nacional, que a partir de datos sobre la calidad de vida de los núcleos familiares, identifica los sectores más vulnerables desde el punto de vista socioeconómico, con miras a su

252

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Luis Alfredo Roa y otra
Demandado: Municipio de La Capilla
Expediente: 15001 3333 011 2017 00048 01

selección y priorización como beneficiarios de diversos programas sociales y otras estrategias de distribución del gasto público social.

El Sisben ha tenido tres variaciones en su diseño desde cuando fue creado en 1994, pero en términos generales continúa evaluado aspectos de los núcleos familiares como[105]: condiciones de la vivienda que habitan, el nivel de educación de sus integrantes y las condiciones de salud de los mismos[106]. A partir de esta información, clasifica a los núcleos familiares en seis niveles; **en los dos primeros se ubican aquellos en situación de mayor vulnerabilidad socioeconómica.**

(...)

En segundo lugar, si en gracia de discusión se admitiera que los colectivos a los que se refiere la demanda son comparables, en todo caso las medidas bajo estudio están justificadas, pues (a) persiguen finalidades importantes a la luz de la Carta: distribuir de forma equitativa los subsidios estatales implícitos en la pensión familiar en el RPM –dando prioridad a los cotizantes en mayor condición de vulnerabilidad socioeconómica-, y extender progresivamente la cobertura del sistema, pero procurando sus sostenibilidad financiera; y (b) se valen de medios idóneos para el efecto: por una parte, utilizar el Sisben **para elegir a los beneficiarios y seleccionar a quienes, según ese sistema, están en mayor nivel de vulnerabilidad, y por otra, limitar el monto de la mesada para evitar un amento no previsible de los recursos necesarios para financiar el subsidio estatal implícito.**

La Corte resalta la importancia de este tipo de decisiones dirigidas a la ampliación de la cobertura del sistema de pensiones con equidad; sin embargo, recuerda que no es una labor acabada y que, a la luz del principio de progresividad y no regresión y las exigencias del derecho a la seguridad social, se debe seguir trabajando en brindar protección a los adultos mayores cuyo mínimo vital se encuentre en riesgo, tal como se expresó en la reciente sentencia C-258 de 2013.” (Resaltado fuera del texto original)

Ahora bien, tanto la ley como su decreto reglamentario establecen que la clasificación del Sisbén, concretamente los niveles 1 y 2, deberá verificarse **al momento del cumplimiento de la edad de pensión**, el segundo agrega que será de acuerdo a los cohortes definidos por el Ministerio de Trabajo.

Pues bien, para establecer los requisitos de la pensión de vejez, la norma se remite a la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003 que reza:

“ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSION DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.”

Al aplicar esta norma, es decir, el requisito de 55 y 60 años, encuentra la Sala lo siguiente:

- a. El señor Luis Alfredo Roa nació el 30 de abril de 1938, es decir, cumplió los 60 años en **1998**.
- b. La señora María Resurrección Villamil nació el 15 de febrero de 1936, es decir que cumplió los 55 años en **1991**.

Como lo precisó la Corte Constitucional, el SISBEN fue creado en el año 1994, lo cual fuerza concluir que, para el caso de la demandante era imposible determinar en 1991, cuando cumplió la edad de pensión, su nivel en el sistema.

Por auto para mejor proveer proferido el 18 de octubre de 2019 (f. 225-226) se requirió al Municipio La Capilla para que allegara el historial de clasificación del Sisbén de los aquí demandantes. Mediante el Oficio No. D.A. 100.15.01-199-2019 de 24 de octubre de 2019 se allegaron los puntajes requeridos, sin embargo, únicamente se relacionaron los comprendidos entre el 2014 y 2019.

En **1997** el CONPES Social 040 ratificó los criterios del CONPES Social 022, al tiempo que **consolidó el instrumento de focalización individual Sisbén** que debía usarse en general para todos los programas de gasto social que impliquen subsidio a la demanda y, solo hasta el **año 2001** el Conpes Social 55 presentó los resultados **de la primera evaluación realizada al Sisbén** y se estableció la obligatoriedad para las entidades territoriales de aplicar los criterios de focalización definidos por el Conpes Social, para la distribución de subsidios de inversión social (artículo 94 de la Ley 715 de 2001)¹⁵.

Así las cosas, exigir a los demandantes, acreditar su pertenencia a los niveles 1 y 2 del SISBEN para la fecha de cumplimiento de la edad, cuando el sistema aún no se había consolidado, resultaría desproporcionado.

No obstante, si se observa el certificado expedido por el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de programas Sociales- SISBEN, con fecha de modificación 23 de mayo de 2014, el señor Luis Alfredo Roa y la señora Resurrección Villamil Roa ostenta un puntaje equivalente a **50,74**. (fs. 31-32), es decir, **hacen parte del nivel 2 del Sisbén** y, por consiguiente, conforme al tenor literal de la Ley 1580 de 2012.

¹⁵ Información que puede ser consultada en el siguiente link: <https://www.sisben.gov.co/sisben/Paginas/Documentos-CONPES.aspx>

203

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Luis Alfredo Roa y otra
Demandado: Municipio de La Capilla
Expediente: 15001 3333 011 2017 00048 01

5.3.4.1. De la potestad reglamentaria:

La Constitución Política de 1991 atribuyó de manera principal la titularidad de la potestad reglamentaria al Presidente de la República, según lo señala el numeral 11 de su artículo 189. En efecto, en desarrollo de esta facultad el presidente puede expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, mediante las cuales se desarrollan reglas y principios en ella fijados; su propósito es señalar aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten la debida aplicación de la ley **sin que en ningún caso puedan modificarla, ampliarla o restringirla** en cuanto a su contenido material o alcance.

Sobre la definición de la potestad reglamentaria, en sentencia proferida el 28 de junio de 2019¹⁶, se explicó cómo por medio de esta facultad se deben respetar los límites fijados por el legislador:

*“Esta facultad responde a la necesidad de cumplir los mandatos Superiores en orden a lograr que el designio del Legislador se materialice con la adopción de normativas que permitan **la ejecución y cumplimiento de las leyes**, pues éstas, muchas veces, no alcanzan por sí solas el grado de desarrollo requerido.*

(...)

Sobre este asunto se ha pronunciado ya esta Sección en el siguiente sentido:

*“Constitucionalmente la potestad reglamentaria pertenece al Presidente de la República (Artículo 189 (11) Superior), quien como Jefe de Gobierno la ejerce mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes; actos que de acuerdo con lo previsto en el artículo 115 Superior, revisten una forma especial, en la medida en que deben contar con la firma del Ministro o Director de Departamento Administrativo respectivo, quienes por ese hecho se hacen responsables. El ejercicio de la potestad reglamentaria tiene por objeto dictar las **normas complementarias necesarias para la cumplida ejecución de una regulación**. Por ello, el acto reglamentario es un acto complementario de la regulación **y no una creación originaria como ésta.***

Así, en sentencia de febrero 8 de 2006 (sic), la Sala Plena del Consejo de Estado, sobre esta temática, puntualizó:

“El poder reglamentario lo otorga directamente la Constitución al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, con la finalidad de que expida normas de carácter general para la correcta ejecución de la ley. Por ser una atribución propia que le confiere la Carta Política, no requiere de una norma legal que expresamente la conceda y se caracteriza además por ser atribución inalienable, intransferible e inagotable, no tiene un plazo para su ejercicio y es irrenunciable, aunque no es un poder absoluto pues se halla limitado por la Constitución y la ley, ya que al ejercerla el Presidente de la República

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Primera, Consejero Ponente: Oswaldo Giraldo López, Bogotá, D.C., 28 de junio de 2019, radicación número: 11001-03-24-000-2011-00245-00.

no puede alterar o modificar la ley que reglamenta.” (Subrayas y negrillas de la Sala)

En sentido semejante, en providencia fechada el 14 de enero de 2019¹⁷ se sostuvo “que el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Presidente de la República o de cualquier otro funcionario de la Rama Ejecutiva facultado para ello, supone la preexistencia de un marco normativo **pasible de reglamentación**; esto es, que las regulaciones administrativas que materializan las disposiciones legales dependen de los criterios que se fijen y dentro de los cuales ha de actuar la administración, **sin exceder tal competencia asumiendo atribuciones reservadas al legislador en determinados asuntos.**” (Se destaca)

De conformidad con la jurisprudencia citada, no queda duda que la potestad otorgada por la Constitución Política de 1991 **no** involucra **la modificación de los alcances fijados por el legislador o la incorporación de alguna regulación que no contempla la ley**, pues esta “debe ejercerse dentro de los límites de la ley a reglamentar y con el objetivo de lograr su cumplida ejecución”¹⁸

Lo expuesto, aunado a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual ha explicado, por ejemplo, en la sentencia C-1005 de 2008, lo siguiente:

“En el sentido anotado con antelación, también se ha pronunciado el Consejo de Estado quien es el órgano encargado de efectuar el control de estos actos. Según la alta Corporación: “el decreto que se expida en ejercicio de [la potestad prevista en el artículo 189 numeral 11] debe limitarse a dar vida práctica a la ley que tiende a desarrollar y sólo puede desenvolver lo que explícita o implícitamente está comprendido en la ley y, por tanto, **no puede introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de sus disposiciones.** De lo contrario, se estaría frente a una extralimitación de funciones por cuanto se invadiría el ámbito de competencia asignado por la Constitución al Legislador.”

7.- Considerado el punto desde esta perspectiva, al Presidente de la República **le está vedado ampliar o restringir el sentido de la Ley. No puede tampoco suprimir o modificar las disposiciones previstas en la Legislación pues con ello estaría excediendo sus atribuciones.** Es de desatacar aquí, que no todas las leyes ordinarias requieren ser reglamentadas. Existen leyes que han sido formuladas por el Legislador de manera tan detallada y los temas en ellas contenidos han sido desarrollados en forma tan minuciosa, que prima facie no habría espacio para una regulación ulterior.” (Resaltado fuera de texto)

Ello, bajo el entendido que “... la doctrina y la práctica han demostrado que la potestad reglamentaria del ejecutivo es inversamente proporcional a la extensión de la ley. De suerte

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Primera, Consejero Ponente: Oswaldo Giraldo López, Bogotá, D. C. 14 de enero de 2019, radicación Número: 11001-03-24-000-2015-00325-00.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 17 de septiembre de 2019, radicación 11001-03-24-000-2018-00369-00, Consejero Ponente Doctor Oswaldo Giraldo López.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
 Demandante: Luis Alfredo Roa y otra
 Demandado: Municipio de La Capilla
 Expediente: 15001 3333 011 2017 00048 01

que, ante menos cantidad de materia regulada en la ley, existe un mayor campo de acción para el ejercicio de la potestad reglamentaria, y viceversa.” (Sentencia C-1005 de 2008).

5.3.5. Del Decreto Reglamentario 288 de 2014:

Como se anticipó, el D.R. 288 de 2014, estableció que la clasificación en el SISBEN en los niveles 1 y 2 del Sisbén, para efecto de la pensión familiar, se haría **de acuerdo con los cohortes definidos por el Ministerio de Trabajo**. Procede la Sala en el siguiente cuadro comparativo a examinar el requisito de clasificación en el SISBEN exigidos para el reconocimiento de la pensión familiar:

<i>Ley 1580 de 2013</i>	<i>Decreto 288 de 2014</i>
“k) Solo podrán ser beneficiarios de la Pensión Familiar, en el Régimen de Prima Media, aquellas personas que se encuentren clasificadas en el Sisbén en los niveles 1, 2 y/o en cualquier otro sistema equivalente que diseñe el Gobierno Nacional;...”	“f) Estar clasificados en los niveles 1 y 2 del Sisbén al momento del cumplimiento de la edad de pensión, de acuerdo con los cohortes definidos por el Ministerio del Trabajo. (...)”

Lo primero que salta a la vista y tal como fuera expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-613 de 2013, es que, al examinar los niveles del SISBEN, adujo “los dos primeros se ubican aquellos en situación de mayor vulnerabilidad socioeconómica.”, **sin distinción alguna**, como, en efecto, lo dispuso la ley. Y agregó la sentencia en relación con la importancia de la ley que ella obedece a “...principios de **progresividad y no regresión** y las exigencias del derecho a la seguridad social, se debe **seguir trabajando en brindar protección a los adultos mayores cuyo mínimo vital se encuentre en riesgo**, tal como se expresó en la reciente sentencia C-258 de 2013.”

No obstante, como queda visto, el decreto reglamentario, aunque conservó los niveles I y II, agregó que el Ministerio del Trabajo establecería cohortes y, al efecto, mediante Resolución No. 01708 de 2/05/2014 se dispuso:

“Artículo 1. Cohortes del Sisbén. Establecer como cohortes del Sisbén 1 y 2, Metodología III, para la obtención de la pensión familiar en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, los siguientes:

<i>NIVEL</i>	<i>1</i>	<i>2</i>
<i>Cohorte</i>	0- 41,90	41,91- 43,63

De esta forma el D.R. y la resolución expedida con fundamento en él terminaron por excluir de la pensión familiar a personas **clasificadas en los niveles I y II del SISBEN**, y así restringieron el derecho más allá de lo dispuesto en la ley, sea dicho, encontrada exequible por la Corte Constitucional e incluso restringieron el derecho a la pensión familiar frente a la metodología contenida en la Resolución No. 3778 de 30 de agosto de 2011, expedida por el Ministerio de la Protección Social que había establecido los puntos de corte del Sisbén Metodología III, así:

Nivel	Puntaje de SISBEN III		
	14 ciudades	Otras Cabeceras	Rural
1	0 – 47.99	0 – 44.79	0 – 32.98
2	48.00 – 54.86	44.80 – 51-57	32.99 – 37.80

En conclusión, el ejercicio de la potestad reglamentaria, excedió la ley al restringir el derecho a las personas clasificadas en los niveles I y II del SISBEN entre las cohortes 43.63 y 51.57, lo cual, además, echó por la borda los principios de progresión y no regresividad y la protección a los mayores adultos, pregonados por la Corte Constitucional que al decidir la exequibilidad de la pensión familiar y en particular de este requisito señaló “...la importancia de este tipo de decisiones dirigidas a la ampliación de la cobertura del sistema de pensiones con equidad...”

Cabe resaltar que, a juicio el Máximo Tribunal Constitucional **todas** las personas categorizadas en los niveles 1 y 2 del Sisbén son aquellas que se hallan **en las mayores condiciones de vulnerabilidad**, usualmente en situación de indigencia **o pobreza extrema** y, si bien las personas clasificadas en órdenes superiores también enfrentan condiciones de vulnerabilidad socioeconómica, **no resultan ser tan extremas como las que se incorporan a los niveles 1 y 2**, sin exclusión alguna. Adicionalmente, la Corte argumentó:

“A la luz de ese nivel de escrutinio, el literal k) del artículo 151C de la ley 100 –adicionado por la ley 1580– se ajusta al Texto Fundamental, pues (i) persigue una finalidad importante de orden constitucional: ampliar la cobertura del sistema de pensiones y favorecer con un subsidio estatal implícito a los sectores afiliados al RPM en mayor situación de vulnerabilidad socioeconómica, en concordancia con el artículo 48 superior y las exigencias del PIDESC, y (ii) emplea un medio efectivamente conducente para lograr ese objetivo: permitir a parejas más vulnerables acumular sus semanas de cotización para reclamar una pensión vitalicia que proteja el mínimo vital del núcleo familiar. Debe tenerse en cuenta que sin la medida aludida, esos compañeros o cónyuges solamente tendrían la opción de la indemnización sustitutiva, la cual, según los cálculos presentados por el Gobierno Nacional,

255

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Luis Alfredo Roa y otra
Demandado: Municipio de La Capilla
Expediente: 15001 3333 011 2017 00048 01

tiene un valor en términos actuariales mucho menor del de la pensión familiar y no recibe ningún subsidio estatal, de lo que se puede inferir que la indemnización sustitutiva tiene una potencialidad menor que la pensión familiar de proteger efectivamente el mínimo vital de los núcleos familiares compuestos por parejas de adultos mayores.” (Negrilla fuera de texto)

Una interpretación gramatical, sistemática, coherente, histórica y teleológica de los anteriores preceptos, llevan a establecer, sin lugar a divagación, que el legislador pretendió ampliar la cobertura del sistema de seguridad social a aquellas personas que se encontraban en un estado de debilidad manifiesta y que, pese a haber laborado y cotizado al sistema, sus condiciones físicas le impiden seguir ejerciendo un trabajo.

A más de lo anterior, dirá la Sala que el requisito exigido por el Gobierno Nacional no se encamina al cumplimiento de la ley, ni a determinar parámetros que permitan un adecuado reconocimiento de la prestación. La anterior consideración además porque la ley establece con claridad cuáles son los requisitos y, aun sin la existencia del decreto reglamentario, es diáfano que quien pretenda el reconocimiento de la pensión familiar debe hacer parte de los niveles anteriormente señalados, **sin ningún tipo de limitación adicional.**

Recuérdese que la potestad contenida en el numeral 11 del artículo 189 Superior se contrae al desarrollo contenido en la ley preexistente, sin que resulte válido **restringir** el sentido de la ley, así como **modificar** o suprimir sus disposiciones, pues tal conducta constituye una extralimitación que provocaría el retiro del ordenamiento jurídico, en el entendido que esta facultad no es absoluta y debe ejercerse dentro de los límites que demarca la Constitución.

En este punto, es importante citar la sentencia proferida el 21 de agosto de 2008 por la Sección Segunda del Consejo de Estado dentro del proceso con número interno 0295-04 y con ponencia del Consejero Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en la cual se indicó:

“El requisito fundamental que supone la potestad reglamentaria es la existencia previa de un contenido o materia legal por reglamentar y su extensión dependerá de la forma así como del detalle con que la Ley reguló los temas correspondientes. Es decir, que el ejercicio de esta potestad por el Gobierno se amplía o restringe en la medida en que el Congreso haya utilizado sus poderes jurídicos: si los ordenamientos expedidos por el Congreso suministran todos los elementos necesarios para su ejecución, el órgano administrativo nada tendrá que agregar y, por consiguiente, no habrá oportunidad para el ejercicio de la potestad reglamentaria. Pero, si en ella faltan los pormenores necesarios para su correcta aplicación, opera inmediatamente la potestad para efectos de proveer la regulación de esos detalles” (Resaltado fuera de texto)

También, la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia proferida el 27 de abril de 2017 dentro del proceso con radicación 11001-03-25-000-2012-00348-00(1346-12) y ponencia del Consejero Doctor Cesar Palomino Cortés, manifestó que se incurre en un exceso de la potestad reglamentaria, entre otras, “cuando quiera que se amplía el ámbito de aplicación de la ley, lo que ocurre cuando el acto reglamentario no se limita a **aportar los detalles, los pormenores de ejecución o aplicación de la ley para hacer explícito lo implícito en ella y para facilitar su entendimiento y comprensión, sino que se adiciona o se cambia su sentido;** (...).”

Al realizar una lectura del decreto reglamentario, se observa que fue necesaria la expedición de una resolución por el Ministerio de Trabajo para establecer cuáles serían los cohortes en este asunto, determinación innecesaria pues, la ley estableció que se reconocería la prestación a aquellos que hicieran parte de los niveles 1 y 2 del Sisbén, los cuales, se insiste, **ya estaban reglamentados por la Resolución No. 3778 de 2011** ut supra citada.

Bajo ese entendido, bastaba una interpretación literal de la norma para determinar que eran estos y no otros parámetros los que se debían atender para el reconocimiento de la pensión familiar. En otros términos, la ley **suministraba los elementos necesarios** para estudiar la procedencia del pago de la prestación, por consiguiente, el ejecutivo, frente a este asunto, nada debía agregar ni condicionar.

En ese estado de las cosas, no encuentra la Sala que la intención del Gobierno Nacional se haya contraído a reglamentar la ley, sino que, en cambio, establece un parámetro adicional que discrimina negativamente a aquellos que ya se encuentran en una situación vulnerable y que son considerados como personas en extrema pobreza o en estado de indigencia.

De manera que, efectivamente se arguye que el Gobierno Nacional, al plasmar la condición “**de acuerdo con los cohortes definidos por el Ministerio del Trabajo**” excedió la potestad reglamentaria y, en ese sentido, la disposición se deberá interpretar bajo el entendido que debe estar relacionado directamente a los niveles 1 y 2 del Sisbén, en concordancia con la Ley 1580 de 2012 o su sistema equivalente, **sin que puedan ser excluidas, siquiera parcialmente,** las parejas que estén en esos niveles.

En definitiva, la determinación prevista en el Decreto 288 de 2014 desbordó los límites de la potestad reglamentaria al limitar el reconocimiento de la prima media a aquellas

256

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Luis Alfredo Roa y otra
Demandado: Municipio de La Capilla
Expediente: 15001 3333 011 2017 00048 01

personas con un puntaje menor al señalado por el Ministerio de Trabajo, cuando en realidad, la intención del legislador fue delimitar el derecho a aquellas personas consideradas en el extremo de la situación de debilidad manifiesta.

En ese sentido, en virtud de lo previsto en el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, se inaplicará, para el caso concreto, por ilegalidad e inconstitucionalidad el aparte “de acuerdo con los cohortes definidos por el Ministerio del Trabajo” contenido en el literal f) del artículo 2º del Decreto 288 de 2014 y el artículo 1º de la Resolución No. 01708 de 2 de mayo de 2014 expedida por el Ministerio del Trabajo.

En consecuencia, se tendrá por satisfecho el requisito legal de pertenencia al nivel II del SISBEN por parte de los demandantes.

5.3.6. Estar afiliados al régimen de prima media con prestación definida al momento de la solicitud de la pensión:

En cuanto se refiere a este requisito, la Sala comparte lo expuesto por la jueza de primera instancia, que luego de sustentar jurisprudencialmente su argumentación concluyó que el que al momento de la solicitud los demandantes no estuvieran afiliados al régimen de prima media no era obstáculo para el reconocimiento pensional demandado.

Se agregará que, como se evidenció, el señor Luis Alfredo Roa laboró en el Ministerio de Defensa y Departamento de Boyacá por 466 semanas hasta el 15 de junio de 1969 y la señora María Resurrección Villamil Roa en el Municipio La Capilla y en el Departamento de Boyacá hasta 1987, es decir que los actores se retiraron **antes de que entrara en vigencia la Ley 100 de 1993**, por la cual se establecieron los regímenes pensionales de ahorro individual con solidaridad y **prima media con prestación definida**.

Además, el artículo 48 de la Constitución Política establece que la seguridad social **a)** es un servicio público que debe ser prestado de manera obligatoria por parte del Estado y **b)** es un derecho que debe ser garantizado a todos los habitantes. La Corte Constitucional en la sentencia T-972 de 2006 (M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil), sobre el particular, dijo:

“De acuerdo con lo establecido en el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, las disposiciones laborales, en cuanto son normas de orden público, tienen efecto general e inmediato, lo que significa que se aplican a las

situaciones vigentes o en curso en el momento en que aquéllas entren a regir, sin que ello, implique que tengan efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones jurídicas consolidadas.

Así, el artículo 11 de la Ley 100 de 1993 estableció que el Sistema General de Pensiones se aplica a todos los habitantes del territorio nacional, **sin que se afecten los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a preceptos anteriores a dicha Ley.**

ii) El sistema de pensiones introducido por la Ley 100 de 1993 reconoce, para efectos del cumplimiento de los requisitos para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, **los tiempos cotizados con anterioridad a su entrada en vigencia.** En efecto, el literal f) del artículo 13 de dicha Ley señaló que “para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio”.

Así mismo, el artículo 2° del Decreto 1730 de 2001, “Por medio del cual se reglamentan los artículos 37, 45 y 49 de la Ley 100 de 1993 referentes a la indemnización sustitutiva del régimen solidario de prima media con prestación definida”, estableció que, **para determinar el monto de la indemnización sustitutiva a que haya lugar, deberían tenerse en cuenta la totalidad de las semanas cotizadas, “aún las anteriores a la Ley 100 de 1993”.**

iii) El artículo 37 de la citada Ley estableció la figura de la indemnización sustitutiva, sin consagrar ningún límite temporal a su aplicación, ni condicionar su reconocimiento a circunstancias tales como que la persona hubiera efectuado las cotizaciones con posterioridad a la fecha en que empezó a regir la Ley 100 de 1993, o que aquél que pretenda acceder a ella hubiere cumplido la edad para pensionarse bajo el imperio de la nueva normatividad, lo cual deja en evidencia que su ámbito de aplicación sigue la misma regla general de las normas laborales, esto es, que por su carácter de normas de orden público, son de inmediata y obligatoria aplicación.

En conclusión, las normas que regulan lo referente a la indemnización sustitutiva **también tienen aplicación en relación con aquellas personas que cotizaron bajo la vigencia de la anterior normatividad** y cuya situación jurídica no se consolidó en aplicación de normas precedentes, lo que exige que su definición se efectúe bajo el imperio de la Ley 100 de 1993. Por ello, **las entidades encargadas de su reconocimiento no pueden oponerse bajo el argumento de que las cotizaciones se hayan realizado con anterioridad a la Ley 100 de 1993** y que, en consecuencia, no son aplicables las disposiciones normativas de dicha ley. Por el contrario, tal como se estableció, las normas establecidas en la Ley 100 de 1993 son de orden público, lo cual implica que son de inmediato y obligatorio cumplimiento y, por tanto, **afectan situaciones no consolidadas que se encuentren en curso.**” (Resaltado fuera del original)

Igualmente, en la sentencia T-080 de 2015 (M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva), explicó que el derecho a reclamar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez radica en las personas que, **independientemente de haber estado o no afiliadas al Sistema Integral de Seguridad Social en el momento de entrada en vigencia la Ley 100 de**

457

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Luis Alfredo Roa y otra
Demandado: Municipio de La Capilla
Expediente: 15001 3333 011 2017 00048 01

1993, cumplen en cualquier tiempo con la edad exigida, pero no las semanas mínimas de cotización al sistema para acceder a la pensión de vejez; en consecuencia, “resulta factible que les devuelvan en un solo pago el ahorro que realizaron durante su vida laboral, para que con él suplan las necesidades básicas que les procure una digna subsistencia.”

Así las cosas, comoquiera que el artículo 3º de la Ley 1580 de 2012 señala que “quienes cumplan los requisitos para adquirir el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en el sistema de prima media con prestación definida podrán optar por la pensión familiar” deberá colegirse que aun cuando la persona haya realizado las cotizaciones con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tienen derecho a tal pretensión.

Como lo consideró la jueza de instancia, además, como el Municipio La Capilla debía afiliarse a la señora María Resurrección Villamil al sistema de pensiones vigente antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 y no lo hizo, tal omisión no puede afectar el derecho de la ahora actora.

5.3.7. Haber cumplido con los requisitos para adquirir el derecho a la indemnización sustitutiva de que trata el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, siempre que la indemnización no haya sido pagada:

Al igual que la a-quo considera esta Sala que el requisito está acreditado.

El artículo 37 de la Ley 100 de 1993 prevé:

“ARTÍCULO 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.”

Es decir que, las mujeres que cumplieran 57 años y los hombres 62 años de edad, podían solicitar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva.

En el caso bajo análisis, como se indicó líneas atrás, está probado que **(i)** el señor Luis Alfredo Roa nació el 30 de abril de 1938 y **(ii)** la señora María Resurrección Villamil nació el 15 de enero de 1936, es decir que a fecha cuentan con aproximadamente 82 y 84

años de edad y, para la fecha de entrada en vigencia la Ley 1580 de 2012, también cumplían con el requisito, toda vez que tenían 74 y 76 años, respectivamente.

En ese orden de ideas, como en acápite precedentes se evidenció que los demandantes no cumplían con el tiempo requerido para el reconocimiento de la pensión de vejez, pero sí con la edad, la Sala tendrá como satisfecho este requisito, máxime porque a la fecha no se ha demostrado que a los demandantes les fuera pagada la indemnización sustitutiva.

5.3.8. Haber cotizado a los 45 años de edad, el 25% de las semanas requeridas para acceder a una pensión de vejez, teniendo en cuenta el año del cumplimiento de la edad:

El cumplimiento de este requisito también fue examinado por la a-quo, con resultado favorable (fls. 188 y s.s.), análisis que esta Sala encuentra ajustado a la ley y al material probatorio allegado.

El literal d) del artículo 2º del Decreto 288 de 2014 prevé:

“Artículo 2º. Requisitos para la obtención de la pensión familiar en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Los requisitos que deberán acreditar de forma individual cada cónyuge o compañero permanente para optar por el reconocimiento de la pensión familiar en el Régimen de Prima Media son los siguientes:

(...)

d) Haber cotizado a los cuarenta y cinco (45) años de edad, el veinticinco por ciento (25%) de las semanas requeridas para acceder a una pensión de vejez, teniendo en cuenta el año del cumplimiento de esta edad, de conformidad con la siguiente tabla:

VIGENCIA	SEMANAS REQUERIDAS
2004 y anteriores	250,00
2005	262,50
2006	268,75
2007	275,00
2008	281,25
2009	287,50
2010	293,75
2011	300,00
2012	306,25
2013	312,50
2014	318,75
2015 y siguientes	325,00

258

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Luis Alfredo Roa y otra
Demandado: Municipio de La Capilla
Expediente: 15001 3333 011 2017 00048 01

(...)"

En el caso de autos, comoquiera que los demandantes nacieron el 30 de abril de 1938 y el 15 de enero de 1936 y cumplieron los 45 años en **1983 y 1981**, la cantidad de semanas requeridas era de **doscientas cincuenta semanas (250)**.

Ahora, para 1983, el señor Luis Alfredo Roa había cotizado **466.28** semanas y, para 1981, la señora María Resurrección Villamil, aproximadamente, **342**, esto quiere decir que se encuentra satisfecho este requisito.

5.3.9. Acreditar más de cinco (5) años de relación conyugal

También este requisito fue satisfecho, como lo concluyó la sentencia apelada, lo cual comparte esta Sala. En efecto:

El literal e) del artículo 288 de 2014 reza:

"Artículo 2°. Requisitos para la obtención de la pensión familiar en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Los requisitos que deberán acreditar de forma individual cada cónyuge o compañero permanente para optar por el reconocimiento de la pensión familiar en el Régimen de Prima Media son los siguientes:

(...)

e) Acreditar más de cinco (5) años de relación conyugal o convivencia permanente, que debió haber iniciado antes de haber cumplido 55 años de edad cada uno;

(...)

*Parágrafo. La relación conyugal o convivencia de que trata el literal e) del presente artículo, debe ser acreditada mediante el **registro civil de matrimonio** o la declaración de unión marital de hecho ante notaría pública, según corresponda. Adicionalmente, debe anexarse una **declaración jurada extraproceso rendida por terceros, donde conste la convivencia entre los solicitantes, así como el tiempo de la misma.**" (Negrilla fuera de texto).*

A folio 11 reposa la copia del acta matrimonial expedida en el Municipio La Capilla el 8 de abril de 1961; así mismo, a folios 29 y 30 reposa la Declaración Extraproceso No. 53 de 31 de agosto de 2016, en la cual consta que Luis Alfredo Ovalle Pérez y Luz Marina Méndez comparecieron a la Notaría Única del Municipio de Tenza para declarar:

"CUATRO: Que por tal motivo manifiestan:

a). EL SEÑOR LUIS ALFREDO OVALLE PEREZ, CONOCE DE VISTA, TRATO Y COMUNICACIÓN A LOS SEÑORES LUIS ALFREDO ROA Y MARÍA RESURRECCIÓN VILLAMIL DE ROA, DESDE HACE 40 AÑOS APROXIMADAMENTE PORQUE SIEMPRE HAN SIDO VECINOS Y ADEMÁS HAN PARTICIPADO EN TODAS LAS ACTIVIDADES REALIZADAS EN EL MUNICIPIO.

b). LA SEÑORA LUZ MARINA MÉNDEZ CONOCE DE VISTA, TRATO Y COMUNICACIÓN A LOS SEÑORES LUIS ALFREDO ROA Y MARÍA RESURRECCIÓN VILLAMIL DE ROA, DESDE HACE 50 AÑOS APROXIMADAMENTE, PORQUE EN SU JUVENTUD VIVIÓ EN EL MUNICIPIO DE LA CAPILLA Y ERAN VECINOS Y PORQUE SON PADRINOS DE CONFIRMACIÓN.

c). NOS CONSTA QUE LOS SEÑORES LUIS ALFREDO ROA Y MARÍA RESURRECCIÓN VILLAMIL DE ROA, SON CASADOS POR EL RITO CATÓLICO, QUE HAN VIVIDO POR MÁS DE VEINTE (20) AÑOS COMO MARIDO Y MUJER Y QUE SIEMPRE HAN VIVIDO BAJO EL MISMO TECHO. (Resaltado fuera de texto)

Sin mayor elucubración, deberá concluirse que los demandantes cumplen con este último requisito y, por consiguiente, se deberá reconocer la pensión familiar conforme a la Ley 1580 de 2012 y su decreto reglamentario.

5.3.10. Sobre el reconocimiento de la pensión:

Según el artículo 151-F de la Ley 1580 de 2012, el reconocimiento y pago de la pensión se adquiere a partir de la fecha de la solicitud de este derecho ante el sistema y, el literal l) del artículo 3º estableció que, en el régimen de prima media, el valor de la pensión familiar no podrá exceder de un salario mínimo legal mensual vigente. Así será reconocido el derecho, es decir, a partir del **20 de octubre de 2016**.

Ahora bien, en la contestación de la demanda, el Municipio de La Capilla propuso la excepción de “Imposibilidad del Municipio de asumir la Pensión Familiar”, con fundamento en lo que se transcribe a continuación:

“Dado que la Ley y la Jurisprudencia citada (C-134 de 2016) establece claramente que la PENSIÓN FAMILIAR, es responsabilidad del SISTEMA DE PENSIONES y beneficia a los ACTUALES COTIZANTES, requisitos que obviamente no cumplen los peticiones (sic), que en todo caso deben acudir ante COLPENSIONES, para realizar la solicitud respectiva, dado que dicha entidad asumió la responsabilidad una vez liquidado el ISS, de lo anterior se colige que el Municipio de la Capilla no puede reconocer PENSION FAMILIAR, tampoco puede ser condenado a pagar dicha clase de pensión” (f. 56).

259

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Luis Alfredo Roa y otra
Demandado: Municipio de La Capilla
Expediente: 15001 3333 011 2017 00048 01

El parágrafo del artículo 3º de la Ley 1580 de 2012 prevé que se deben entender como cónyuge o compañero permanente titular, a aquel que haya cotizado el mayor número de semanas.

De otra parte, el artículo 7º del Decreto 288 de 2014, previó:

“Artículo 7º. Cuotas partes pensionales para la financiación de la pensión familiar en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Cuando los cónyuges o compañeros permanentes hayan cotizado a diferentes administradoras de este régimen o prestado sus servicios a empleadores públicos que tenían a su cargo el reconocimiento pensional antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, la Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida encargada del reconocimiento y pago de la Pensión Familiar, deberá realizar el procedimiento establecido en las normas vigentes para el cobro de cuotas partes pensionales.

El monto de la pensión el cual no puede superar un (1) salario mínimo mensual vigente, se distribuye en proporción al tiempo de servicio en cada una de las entidades en las que aportaron o prestaron sus servicios los cónyuges o compañeros permanentes.

*Para establecer la prorrata de la cuota parte se deberá tener en cuenta el tiempo **laborado o cotizado** individualmente por cada uno de los cónyuges en cada entidad que contribuye a la financiación de la pensión, sobre el tiempo total de aportes de los dos cónyuges.” (Negrilla fuera de texto)*

Al descender al caso bajo análisis, se tiene que el señor Luis Alfredo Roa **cotizó** en el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional 59 y 139 semanas y en el Departamento de Boyacá 268 para un total de 466 y la señora María Resurrección Villamil de Roa **laboró** en el Municipio de La Capilla 686 semanas; por consiguiente, la titular de la pensión sería la señora Villamil de Roa.

Ahora, los demandantes laboraron entre 1954 a 1969 y desde 1967 a 1987, es decir, en vigencia del Decreto 3135 de 1968, reglamentado por el Decreto 1848 de 1969, el cual establecía:

“ARTÍCULO 75.- Efectividad de la pensión.

1. La pensión de jubilación correspondiente se reconocerá y pagará al empleado oficial por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al tiempo de cumplir el tiempo de servicios requerido por la ley, si para entonces se hubiere retirado del servicio oficial sin tener la edad exigida para tal fin, o por la entidad de previsión a que esté afiliado al tiempo del retiro, si entonces cumple los requisitos de tiempo de servicios y edad señalados para el goce de la pensión.

2. Si el empleado oficial no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión social al tiempo de retirarse del servicio oficial, el reconocimiento y pago se hará directamente por la última entidad o empresa oficial empleadora.

3. En los casos de acumulación de tiempo de servicios a que se refiere el artículo 72 de este Decreto, la entidad o empresa a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda, a prorrata del tiempo de servicios en cada una de aquellas.

En este caso, se procederá con sujeción al procedimiento señalado al efecto en el Decreto 2921 de 1948 y, si transcurrido el término de quince (15) días del traslado a que se refiere el artículo 3o. del citado decreto la entidad obligada a la cuota pensional no ha contestado, o lo ha hecho oponiéndose sin fundamento legal, se entenderá que acepta el proyecto y se procederá a expedir la resolución definitiva de reconocimiento de la pensión.

El expresado término comenzará a correr desde la fecha en que la entidad correspondiente reciba el proyecto de reconocimiento de la pensión." (Se destaca)

En ese orden de ideas, dado que en el expediente no se acreditó ninguna cotización por parte del Municipio de La Capilla, se impone concluir que deberá ser esta entidad territorial la encargada del reconocimiento y pago de la pensión familiar. Ello, sin perjuicio que repita contra las entidades obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda, a prorrata del tiempo de servicios en cada una de aquellas.

Finalmente, no pasa por alto la Sala, como quedó expuesto, que, conjuntamente, los demandantes cotizaron un total de 1152.58 semanas, es decir, hicieron falta **72.42** para completar el total exigido por la ley, esto es, 1.225 semanas. Sin embargo, para superar esta dificultad, se hará la ficción consistente en descontar el valor total de los aportes por salud y pensión que corresponden a las **72.42** semanas no laboradas, sobre la base de **un (1) salario mínimo legal mensual vigente, que es el valor de la mesada pensional a reconocer.**

Entonces, de conformidad con la liquidación suscrita por la Contadora adscrita a este Tribunal que hace parte integral de esta sentencia, al valor total de las mesadas adeudadas se le deberá restar el subtotal correspondiente a los aportes a salud y pensión, así:

Valor Total de mesadas indexadas (para 1.225 semanas)	\$32.807.338
Valor Total de aportes a pensión indexados (para 72,42 semanas)	\$(77.581)
Valor Total de aportes a salud indexados (para 72,42 semanas)	\$(77.581)
Valor Total Adeudado	\$32.652.177

En ese orden de ideas, por las mesadas causadas desde el 20 de octubre de 2016 hasta la fecha de esta sentencia, el Municipio de La Capilla deberá pagar a los

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Luis Alfredo Roa y otra
Demandado: Municipio de La Capilla
Expediente: 15001 3333 011 2017 00048 01

demandantes la suma de **treinta y dos millones seiscientos cincuenta y dos mil ciento setenta y siete pesos (\$32.652.177).**

Por todas las razones expuestas en precedencia, se revocará la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Trece Administrativo Oral de Tunja y, en su lugar, se accederá a las pretensiones de la demanda.

6. Sobre el poder de sustitución:

A folio 239 reposa poder de sustitución otorgado por el abogado Eduardo Chinome Castillo, en calidad de apoderado del Municipio de Capilla, al abogado Cesar Eduardo Carreño Morales “para que, en adelante, actúe como apoderado del municipio precitado (...) con las mismas facultades a mí conferidas y en los términos enunciados en el presente documento”.

Se reconocerá personería para actuar como apoderado sustituto al abogado Cesar Eduardo Carreño Morales, identificado con cédula de ciudadanía 7.185.236 de Tunja y Tarjeta Profesional No. 226.615 del C.S. de la J., sin perjuicio que el apoderado que sustituye pueda reasumirlo en cualquier momento y sin que los dos abogados puedan actuar simultáneamente (art. 75 CGP).

7. Costas:

En tanto el recurso ha prosperado no hay lugar a condena en costas por esta instancia a la luz de lo previsto en el numeral 1º del artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 3 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

Revocar la sentencia proferida del 12 de diciembre de 2018 por el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito de Tunja que negó las pretensiones de la demanda en el proceso iniciado por Luis Alfredo Roa y María Resurrección Villamil en contra del Municipio de La Capilla. En su lugar se dispone:

Primero. Inaplicar por inconstitucionalidad e ilegalidad para el caso concreto el aparte “de acuerdo con los cohortes definidos por el Ministerio del Trabajo” contenido en el literal f) del artículo 2º del Decreto 288 de

2014 "Por el cual se reglamente la Ley 1580 de 2012", y el artículo 1º de la Resolución No. 01708 de 2 de mayo de 2014 expedida por el Ministerio del Trabajo por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo. Declarar la nulidad del Acto Administrativo No. ALCB-416 expedido el 9 de noviembre de 2016 por el Municipio de La Capilla, por la cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión familiar a Luis Alfredo Roa y María Resurrección Villamil de Roa, por las razones expuestas en la parte motiva.

Tercero. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, el Municipio de La Capilla reconocerá y pagará la **pensión familiar** a favor de **María Resurrección Villamil de Roa**, identificada con cédula de ciudadanía 23.681.128 de La Capilla (Boyacá) **como titular del derecho**, en cuantía de **un (1) salario mínimo legal mensual vigente con efectos fiscales a partir del 20 de octubre de 2016**, fecha en que fue presentada la petición de reconocimiento.

Parágrafo: En adelante, el Municipio de La Capilla deberá cancelar la mesada pensional equivalente a **un salario mínimo legal mensual vigente** a la fecha de su pago.

Cuarto. Por concepto de las mesadas **indexadas** causadas desde el **20 de octubre de 2016** hasta la fecha de esta sentencia, el Municipio de La Capilla pagará a María Resurrección Villamil de Roa y Luis Alfredo Roa la suma de **treinta y dos millones seiscientos cincuenta y dos mil ciento setenta y siete pesos (\$32.652.177)**.

Parágrafo: El Municipio de La Capilla podrá repetir la cuota parte al Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional y el Departamento de Boyacá, a prorrata del tiempo de servicios prestados por los señores Luis Alfredo Roa y María Resurrección Villamil de Roa en tales entidades.

Quinto. La condena devengará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia, tal como lo prevé el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

261

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Luis Alfredo Roa y otra
Demandado: Municipio de La Capilla
Expediente: 15001 3333 011 2017 00048 01

Sexto. Sin condena en costas por esta instancia.

Séptimo. Reconocer personería para actuar al abogado Cesar Eduardo Carreño Morales, identificado con cédula de ciudadanía 7.185.236 de Tunja y Tarjeta Profesional No. 226.615 del C.S. de la J., como apoderado **sustituto** del Municipio La Capilla, en los términos del poder obrante a folio 239.

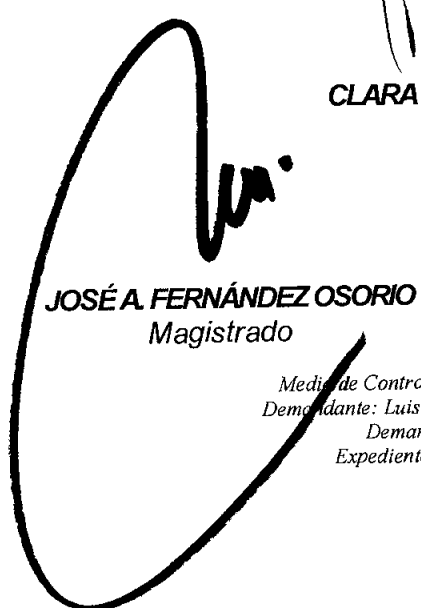
El abogado Eduardo Chinome Castillo podrá reasumir el poder en cualquier momento, pero en ningún caso podrá actuar de forma simultánea con el abogado Cesar Eduardo Carreño Morales.

Octavo. En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de decisión No. 3 conformada en la fecha.

Notifíquese y cúmplase,


CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada


JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado


OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

Hoja de firmas
Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Luis Alfredo Roa y María Resurrección Villamil
Demandado: Municipio de La Capilla
Expediente: 15001 3333 011 2017 00048 01

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No. 016 de hoy. 03 FEB 2020
EL SECRETARIO

MAGISTRADA PONENTE: Dra. CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
 RADICACION: 1500133330132017048 01
 DTE: LUIS ALFREDO MORA
 DDO: MUNICIPIO LA CAPILLA

Año	Salario Mínimo	semanas		proporción (%)
2016	\$689.455	SEMANAS COTIZADAS	1.152,58	94,09%
2017	\$737.717	SEMANAS DEJADAS DE COTIZAR	72,42	5,91%
2018	\$781.242	SEMANAS QUE DEBIA COTIZAR	1.225,00	100,00%
2019	\$828.116			
2020	\$877.803			

Periodo	Valor de la mesada (para 1.225 semanas)	valor mesada correspondiente a 72,42 semanas	Desde	Hasta	Índice inicial	Índice final	Valor de la mesada (para 1.225 semanas) indexado	valor mesada (para 72,42 semanas) indexado	aportes pensión trabajador de 72,42 semanas (4%)	aportes salud trabajador de 72,42 semanas (4%)	Valor Total de mesadas indexadas menos aportes de 72,42 semanas
oct-16	\$ 252.800	\$ 14.945	20/10/2016	30/01/2020	92,68	103,80	\$ 283.132	\$ 16.738	\$ 670	\$ 670	\$ 281.793
nov-16	\$ 689.455	\$ 40.759	01/11/2016	30/01/2020	92,62	103,80	\$ 772.678	\$ 45.679	\$ 1.827	\$ 1.827	\$ 769.024
dic-16	\$ 689.455	\$ 40.759	01/12/2016	30/01/2020	92,73	103,80	\$ 771.761	\$ 45.625	\$ 1.825	\$ 1.825	\$ 768.111
ene-17	\$ 737.717	\$ 43.613	01/01/2017	30/01/2020	93,11	103,80	\$ 822.415	\$ 48.620	\$ 1.945	\$ 1.945	\$ 818.525
feb-17	\$ 737.717	\$ 43.613	01/02/2017	30/01/2020	94,07	103,80	\$ 814.022	\$ 48.124	\$ 1.925	\$ 1.925	\$ 810.172
mar-17	\$ 737.717	\$ 43.613	01/03/2017	30/01/2020	95,01	103,80	\$ 805.968	\$ 47.648	\$ 1.906	\$ 1.906	\$ 802.156
abr-17	\$ 737.717	\$ 43.613	01/04/2017	30/01/2020	95,46	103,80	\$ 802.169	\$ 47.423	\$ 1.897	\$ 1.897	\$ 798.375
may-17	\$ 737.717	\$ 43.613	01/05/2017	30/01/2020	95,91	103,80	\$ 798.405	\$ 47.200	\$ 1.888	\$ 1.888	\$ 794.629
jun-17	\$ 737.717	\$ 43.613	01/06/2017	30/01/2020	96,12	103,80	\$ 796.661	\$ 47.097	\$ 1.884	\$ 1.884	\$ 792.893
jul-17	\$ 737.717	\$ 43.613	01/07/2017	30/01/2020	96,23	103,80	\$ 795.750	\$ 47.043	\$ 1.882	\$ 1.882	\$ 791.987
ago-17	\$ 737.717	\$ 43.613	01/08/2017	30/01/2020	96,18	103,80	\$ 796.164	\$ 47.068	\$ 1.883	\$ 1.883	\$ 792.398
sep-17	\$ 737.717	\$ 43.613	01/09/2017	30/01/2020	96,32	103,80	\$ 795.006	\$ 46.999	\$ 1.880	\$ 1.880	\$ 791.247
oct-17	\$ 737.717	\$ 43.613	01/10/2017	30/01/2020	96,36	103,80	\$ 794.676	\$ 46.980	\$ 1.879	\$ 1.879	\$ 790.918
nov-17	\$ 737.717	\$ 43.613	01/11/2017	30/01/2020	96,37	103,80	\$ 794.594	\$ 46.975	\$ 1.879	\$ 1.879	\$ 790.836
dic-17	\$ 737.717	\$ 43.613	01/12/2017	30/01/2020	96,55	103,80	\$ 793.113	\$ 46.888	\$ 1.876	\$ 1.876	\$ 789.362
ene-18	\$ 781.242	\$ 46.186	01/01/2018	30/01/2020	96,92	103,80	\$ 836.700	\$ 49.464	\$ 1.979	\$ 1.979	\$ 832.742
feb-18	\$ 781.242	\$ 46.186	01/02/2018	30/01/2020	97,53	103,80	\$ 831.466	\$ 49.155	\$ 1.966	\$ 1.966	\$ 827.534
mar-18	\$ 781.242	\$ 46.186	01/03/2018	30/01/2020	98,22	103,80	\$ 825.625	\$ 48.810	\$ 1.952	\$ 1.952	\$ 821.721
abr-18	\$ 781.242	\$ 46.186	01/04/2018	30/01/2020	98,45	103,80	\$ 823.696	\$ 48.696	\$ 1.948	\$ 1.948	\$ 819.801
may-18	\$ 781.242	\$ 46.186	01/05/2018	30/01/2020	98,91	103,80	\$ 819.866	\$ 48.469	\$ 1.939	\$ 1.939	\$ 815.988
jun-18	\$ 781.242	\$ 46.186	01/06/2018	30/01/2020	99,16	103,80	\$ 817.799	\$ 48.347	\$ 1.934	\$ 1.934	\$ 813.931
jul-18	\$ 781.242	\$ 46.186	01/07/2018	30/01/2020	99,31	103,80	\$ 816.563	\$ 48.274	\$ 1.931	\$ 1.931	\$ 812.702
ago-18	\$ 781.242	\$ 46.186	01/08/2018	30/01/2020	99,18	103,80	\$ 817.634	\$ 48.337	\$ 1.933	\$ 1.933	\$ 813.767
sep-18	\$ 781.242	\$ 46.186	01/09/2018	30/01/2020	99,30	103,80	\$ 816.646	\$ 48.279	\$ 1.931	\$ 1.931	\$ 812.783
oct-18	\$ 781.242	\$ 46.186	01/10/2018	30/01/2020	99,47	103,80	\$ 815.250	\$ 48.196	\$ 1.928	\$ 1.928	\$ 811.394

nov-18	\$	781.242	\$	46.186	01/11/2018	30/01/2020	99,59	103,80	\$	814.268	\$	48.138	\$	1.926	\$	1.926	\$	810.417
dic-18	\$	781.242	\$	46.186	01/12/2018	30/01/2020	99,70	103,80	\$	813.369	\$	48.085	\$	1.923	\$	1.923	\$	809.522
ene-19	\$	828.116	\$	48.957	01/01/2019	30/01/2020	100,00	103,80	\$	859.584	\$	50.817	\$	2.033	\$	2.033	\$	855.519
feb-19	\$	877.803	\$	51.894	01/02/2019	30/01/2020	100,60	103,80	\$	905.725	\$	53.545	\$	2.142	\$	2.142	\$	901.442
mar-19	\$	877.803	\$	51.894	01/03/2019	30/01/2020	101,18	103,80	\$	900.533	\$	53.238	\$	2.130	\$	2.130	\$	896.274
abr-19	\$	877.803	\$	51.894	01/04/2019	30/01/2020	101,62	103,80	\$	896.634	\$	53.008	\$	2.120	\$	2.120	\$	892.393
may-19	\$	877.803	\$	51.894	01/05/2019	30/01/2020	102,12	103,80	\$	892.244	\$	52.748	\$	2.110	\$	2.110	\$	888.024
jun-19	\$	877.803	\$	51.894	01/06/2019	30/01/2020	102,44	103,80	\$	889.457	\$	52.583	\$	2.103	\$	2.103	\$	885.250
jul-19	\$	877.803	\$	51.894	01/07/2019	30/01/2020	102,71	103,80	\$	887.119	\$	52.445	\$	2.098	\$	2.098	\$	882.923
ago-19	\$	877.803	\$	51.894	01/08/2019	30/01/2020	102,94	103,80	\$	885.137	\$	52.328	\$	2.093	\$	2.093	\$	880.950
sep-19	\$	877.803	\$	51.894	01/09/2019	30/01/2020	103,03	103,80	\$	884.363	\$	52.282	\$	2.091	\$	2.091	\$	880.181
oct-19	\$	877.803	\$	51.894	01/10/2019	30/01/2020	103,26	103,80	\$	882.393	\$	52.166	\$	2.087	\$	2.087	\$	878.220
nov-19	\$	877.803	\$	51.894	01/11/2019	30/01/2020	103,43	103,80	\$	880.943	\$	52.080	\$	2.083	\$	2.083	\$	876.777
dic-19	\$	877.803	\$	51.894	01/12/2019	30/01/2020	103,54	103,80	\$	880.007	\$	52.025	\$	2.081	\$	2.081	\$	875.845
ene-20	\$	877.803	\$	51.894	01/01/2020	30/01/2020	103,80	103,80	\$	877.803	\$	51.894	\$	2.076	\$	2.076	\$	873.651
totales	\$	31.220.970	\$	1.845.733					\$	32.807.338	\$	1.939.516	\$	77.581	\$	77.581	\$	32.652.177

Valor Total de mesadas indexadas (para 1.225 semanas)	\$	32.807.338
Valor Total de aportes a pensión indexados (para 72,42 semanas)	\$	(77.581)
Valor Total de aportes a salud indexados (para 72,42 semanas)	\$	(77.581)
Valor Total Adeudado	\$	32.652.177


 YENNY GABRIELA MONTAÑEZ BERMUDEZ
 Contadora